



# VNiVERSIDAD D SALAMANCA

Tesis Doctoral

EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO DE  
LIBRE COMPETENCIA: INFLUENCIAS Y OPCIONES DE DISEÑO

Elaborada por:

**Juan José Romero Guzmán**

Dirigida por el **Profesor Dr. D. Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno**

Departamento de Derecho Administrativo, Financiero y Procesal

Salamanca, 2013



UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y PROCESAL

EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO DE LIBRE  
COMPETENCIA: INFLUENCIAS Y OPCIONES DE DISEÑO

TESIS DOCTORAL presentada por Juan  
José Romero Guzmán para optar al  
grado de Doctor bajo la dirección  
del Profesor Dr. D. Pedro Tomás  
Nevado-Batalla Moreno

Fdo. : Juan José Romero G.

Vº Bº del Director

Fdo. : Pedro Tomás Nevado-Batalla M.



A María Paz, mis hijos y mis padres



## ÍNDICE

CONSIDERACIONES PREVIAS .....	1
-------------------------------	---

### CAPÍTULO 1

LA LIBRE COMPETENCIA: UN VALOR DESEABLE, AUNQUE COMPLEJO Y CONFLICTIVO .....	7
--	---

1.- ¿Por qué es deseable la libre competencia? La perspectiva económica .....	8
---	---

1.1. ¿Qué dice la Teoría?.....	10
--------------------------------	----

1.2. Cuestionamientos al Modelo .....	13
---------------------------------------	----

1.3. Utilidad del Modelo.....	14
-------------------------------	----

2.- La libre competencia: un objetivo de interés público complejo y conflictivo. Finalidad de la libre competencia ..	15
---	----

2.1. Diferentes nociones de competencia.....	16
--	----

2.2. Bienestar del consumidor y bienestar total.....	19
--	----

2.3. Tensión entre eficiencia estática y eficiencia dinámica.....	22
---	----

2.4. Tensión entre la libre competencia y otros objetivos de interés público .....	26
--	----

2.5. Objetivos de una legislación de libre competencia e ilustración de algunos diseños normativos.....	36
---	----

### CAPÍTULO 2

IMPORTANCIA DE LA INFLUENCIA DEL ENTORNO PARA LA EXISTENCIA, EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO SOBRE LIBRE COMPETENCIA .....	45
---	----

1.- ¿Cuánto influye el entorno ideológico y los intereses de los actores en el efectivo cumplimiento de una legislación de libre competencia? .....	46
---	----

1.1. El poder de las ideas y política de competencia ..	46
---	----

1.2. El poder de los intereses particulares: fuerza de cambio y de configuración del entorno de políticas públicas pro-competencia.....	56
2.- Explicaciones del entorno regulatorio: contraste entre la búsqueda de la satisfacción del interés público y la de intereses privados .....	62
2.1. Teoría del interés público .....	63
2.2. Teorías del interés privado .....	67

### CAPÍTULO 3

DISEÑO INSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: RELACIONES VERTICALES .....	83
1.- Relación vertical 1: posición de una autoridad de competencia en la estructura administrativa superior del Estado .....	85
2.- Relación vertical 2: integración, desintegración y revisión judicial .....	97
2.1. Integración y desintegración de funciones fiscalizadoras y persecutorias con aquellas resolutivas o sancionatorias: ventajas y desventajas .....	100
2.2. Revisión judicial.....	110
3.- Estructura y gestión organizacional interna .....	120
3.1. Estructura organizacional interna. ¿Regulador individual o colegiado?.....	121
3.2. Gestión organizacional interna .....	124

### CAPÍTULO 4

DISEÑO INSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: RELACIONES HORIZONTALES .....	143
1.- Relación horizontal 1: interrelación entre una autoridad de defensa de la competencia y organismos reguladores sectoriales .....	144



1.1. Conducta habitual conocida por organismos de libre competencia referida a sectores objeto de regulación económica .....	148
1.2. Grado de aplicación de la normativa de libre competencia según la aspiración por prevalencia en relación con una normativa regulatoria específica ....	151
1.3. Autoridades públicas como agentes susceptibles de cometer infracción a las normas sobre libre competencia: el caso de la Unión Europea.....	160
1.4. Excepciones a la libre competencia y la defensa por conducta regulada .....	165
1.5. Opciones de coordinación institucional.....	169
2.- Relación horizontal 2: interrelación institucional entre libre competencia y protección del consumidor .....	182
2.1. Aspectos sustantivos de la interrelación entre libre competencia y la protección al consumidor.....	183
2.2. Aspectos institucionales de la interrelación entre la libre competencia y la protección al consumidor ...	187
CAPÍTULO 5	
CAUSAS DE INOBSERVANCIA Y ESTILOS PARA HACER CUMPLIR UNA LEGISLACIÓN .....	197
1.- Importancia de la observancia de una legislación o regulación .....	198
2.- Cumplimiento y observancia de una regulación: una visión desde los regulados .....	202
2.1. Incumplimiento por ausencia de conocimiento y comprensión de una regulación .....	204
2.2. Incumplimiento por la inhabilidad e incapacidad de los regulados para cumplir con una regulación.....	207
2.3. Incumplimiento por la falta de disposición del grupo objetivo a cumplir con una regulación .....	209
3.- Dos estilos en la ejecución y cumplimiento de una regulación .....	214

4.- De qué depende la existencia de una aproximación más sancionatoria o más persuasiva .....	217
4.1. El marco legal: objetivos, precisión de las normas y sanciones disponibles.....	218
4.2. La caracterización de los regulados: tipo de incumplidor y tamaño de la empresa regulada.....	220
4.3. La distancia relacional entre el regulador y el regulado.....	222
4.4. Los costos de cumplimiento para la empresa regulada .....	223
4.5. La naturaleza de la infracción y sus consecuencias, el grado de culpabilidad percibido y la persistencia en las transgresiones .....	224
4.6. El liderazgo, estructura, cultura y recursos de la organización .....	226
4.7. La actitud, historia y antecedentes personales de los funcionarios públicos.....	227
4.8. El contexto político, social y moral.....	227
5.- Interrelación entre los dos estilos de “enforcement”	229

## CAPÍTULO 6

ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS DE COLABORACIÓN Y NEGOCIACIÓN PARA LA EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO DE LIBRE COMPETENCIA (1): POLÍTICAS DE PROMOCIÓN Y DE NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS .....	237
---	-----

1.- Estrategias y herramientas de colaboración o promoción ( “advocacy” ) .....	237
1.1. La abogacía o promoción de la competencia: aspectos generales .....	238
1.2. “Advocacy” o promoción de la competencia en procesos regulatorios.....	244
2.- Estrategias y herramientas de negociación: acuerdos administrativos .....	258
2.1. Beneficios de colocar término a un caso vía sentencia (condenatoria).....	259

2.2. Acuerdos administrativos .....	261
-------------------------------------	-----

## CAPÍTULO 7

ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS DE COLABORACIÓN Y NEGOCIACIÓN PARA LA EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO DE LIBRE COMPETENCIA (2): LAS DENOMINADAS “POLÍTICAS DE CLEMENCIA” .....	299
--	-----

1.- Beneficios de una política de clemencia .....	300
---	-----

1.1. Mejorar la recolección de evidencia .....	300
--	-----

1.2. Incrementar la dificultad de crear y mantener carteles.....	305
---	-----

1.3. Disminuir los costos de adjudicación final administrativa y/o judicial.....	307
---	-----

1.4. Reparar a las víctimas.....	307
----------------------------------	-----

2.- Potenciales desventajas y riesgos de una política de clemencia .....	309
---	-----

2.1. Disminuir el grado de severidad de la sanción y, de esta manera, su efecto disuasorio .....	309
---	-----

2.2. Exclusiva confianza en el mecanismo de clemencia, sin que se construya una adecuada reputación de detección y condena de carteles.....	312
---	-----

2.3. Adaptabilidad y aprovechamiento estratégico por miembros de un cartel de los beneficios de un programa de clemencia .....	313
--	-----

2.4. Efecto moral negativo.....	314
---------------------------------	-----

3.- Algunos factores claves para el éxito de un programa de clemencia.....	316
---	-----

4.- Descripción comparada de algunas legislaciones iberoamericanas sobre los programas de clemencia .....	333
--	-----

4.1. Chile .....	333
------------------	-----

4.2. España .....	338
-------------------	-----

4.3. Perú .....	344
-----------------	-----

4.4. Colombia .....	347
---------------------	-----

4.5. El Salvador .....	351
4.6. Síntesis comparativa.....	352
CAPÍTULO 8	
ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS SANCIONATORIAS .....	355
1.- Posición e incidencia de las sanciones en la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia .....	356
2.- La estrategia sancionatoria y el modelo de interés público de disuasión óptima .....	360
3.- Las sanciones en el ámbito de la libre competencia: el enfoque disuasorio, el reparo retributivo y la búsqueda del diseño óptimo .....	364
3.1. La disuasión, el “quantum” de las sanciones y la disyuntiva entre el modelo basado en el daño y aquel basado en la ganancia ilícita .....	366
3.2. El reparo “retributivo” en la determinación del “quantum” de las sanciones.....	370
4.- Las sanciones pecuniarias: opciones de diseño .....	378
4.1. Multas máximas.....	379
4.2. Multas vinculadas a la ganancia financiera.....	381
4.3. Multas como porcentaje de la facturación.....	383
4.4. Debilidades de las multas como tipo de sanción ..	383
4.5. “Equity fines” .....	386
5.- Otras funciones de las penas, otros tipos de sanción: sanciones no pecuniarias .....	388
5.1. Descalificación.....	390
5.2. Disolución .....	392
5.3. La publicidad de la condena como sanción.....	393
6.- Las sanciones a los individuos y la pena de prisión ...	395
6.1. Necesidad de imponer sanciones no sólo a las empresas, sino también a los individuos.....	395

6.2. Justificaciones para la imposición de la pena de prisión a los individuos.....	401
7.- Acciones y sanciones públicas y acciones privadas por daños y perjuicios .....	403
7.1. Efecto de la acción de las agencias públicas en las acciones privadas.....	404
7.2. Efecto de las acciones privadas en la acción de las agencias públicas .....	407
CAPÍTULO 9	
DISEÑO Y TÉCNICA NORMATIVA.....	411
1.- Diseño de la norma en cuanto a su redacción .....	411
1.1. El grado de precisión de las normas y las dimensiones de las mismas.....	411
1.2. Reglas de decisión o análisis jurisprudenciales .	415
1.3. Implicancias o costos de las diferentes opciones en cuanto al grado de precisión de una norma, regla o estándar.....	418
2.- Oportunidad y modo de intervención legal .....	421
2.1. Intervención legal antes de la ocurrencia del acto (1): control previo de fusiones .....	423
2.2. Intervención legal antes de la ocurrencia del acto (2): remedios .....	429
2.3. Intervención legal después de la ocurrencia del acto y antes o después de haberse producido el daño: estándar infraccional sustantivo y momento en que se perfecciona el ilícito .....	440
CAPÍTULO 10	
LA BÚSQUEDA DE UN BUEN SISTEMA REGULATORIO DE LIBRE COMPETENCIA: VALORES Y DISYUNTIVAS .....	447
1.- La búsqueda de criterios o valores de legitimidad .....	451
1.1. Fidelidad con el mandato legislativo.....	452

1.2. “Accountability” (control y rendición de cuentas)	455
1.3. Justicia, transparencia (accesibilidad) y predictibilidad de los procedimientos y normas.....	458
1.4. Conocimiento técnico ( “expertise” ) .....	461
1.5. Eficacia .....	463
1.6. Eficiencia .....	464
2.- Opciones de diseño y criterios de legitimidad .....	465
2.1. Diseño institucional.....	465
2.2. Diseño de instrumentos (y procedimientos) jurídicos .....	476
2.3. Diseño de normas.....	482
CONCLUSIONES.....	489
1. La libre competencia: un objetivo deseable, aunque complejo y conflictivo .....	492
2. La influencia del entorno .....	494
3. La influencia del diseño institucional específico de libre competencia y opciones disponibles .....	497
4. La influencia del estilo y estrategia, y herramientas y opciones disponibles .....	501
5. La influencia del diseño de las normas .....	507
6. El marco de legitimidad y conveniencia para evaluar cuándo hay un buen sistema de ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia .....	508
7. Final .....	510
BIBLIOGRAFÍA .....	511

## CONSIDERACIONES PREVIAS

Arribar al diseño normativo e institucional más adecuado para la defensa y promoción de la libre competencia es una aspiración cada vez más actual y generalizada. El buen funcionamiento de los mercados requiere que una legislación e institucionalidad de libre competencia esté bien construida o diseñada, y sea aplicada y cumplida adecuadamente.

La creencia que la competencia en los mercados es un elemento esencial en el desarrollo económico de los países está cada vez más acendrada. Hoy más de cien países cuentan con una institucionalidad y legislación específica de libre competencia. El grado de efectividad de los sistemas de libre competencia ha dado lugar a instancias de discusión a nivel institucional y académico. Las reformas regulatorias en países en desarrollo como, también, en países desarrollados, no se han detenido. Organismos internacionales como la OECD o redes como la ICN no han dejado el tema de lado. No obstante, la literatura especializada, la cual es fundamentalmente económica y anglosajona, todavía resulta parcial y fragmentaria.

¿Cuáles son los factores que influyen en la ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia? ¿Cuáles son las principales opciones de diseño existentes? Éstas son preguntas importantes y los intentos por encontrar una respuesta siguen vigentes. La literatura sobre el tema carece de una visión integrada que, bajo diferentes perspectivas, pueda identificar y desarrollar los múltiples factores que influyen en el grado de observancia de una legislación de libre competencia. Esta multiplicidad de influencias del cual depende el grado de cumplimiento de una

regulación de libre competencia permite identificar vías de acción a ser maximizadas, pero, al mismo tiempo, apreciar tendencias, opciones, disyuntivas y tensiones que deben ser consideradas. Respecto de esto último, hay factores sujetos a límites derivados del respeto por otros criterios de legitimidad distintos de la eficacia, así como por la consecución de otros valores distintos a los de libre competencia y que pueden colisionar con ella.

En cuanto a los objetivos, este trabajo aspira, en términos generales, a proponer y desarrollar un marco analítico conceptual que permita visualizar y valorar diversos factores relevantes que influyen en la ejecución y cumplimiento de legislaciones de libre competencia.

Asimismo, se pretende identificar y desarrollar las aproximaciones y opciones a tener en consideración por el legislador o regulador en la elaboración de diseños institucionales y normativos que, haciéndose cargo de limitaciones derivadas de imperativos de legitimidad, permita mayores grados de efectividad en la ejecución y cumplimiento de regímenes normativos de libre competencia.

Igualmente, se procura describir y comparar algunos aspectos institucionales y normativos de algunos países, lo cual permite ilustrar opciones, consensos y tendencias sobre el particular.

En cuanto al grado de innovación que esta tesis se propone como desafío, se puede señalar, en primer lugar, la combinación de literatura de áreas muy diversas. Así, pues, es posible identificar una importante visión económica, la cual será complementada con literatura del área del Derecho Público, así como con influencias del ámbito de la Sociología y de la Ciencia Política.



En segundo lugar, la sabiduría existente sobre la temática de esta tesis se encuentra focalizada y acotada a ciertas parcelas temáticas específicas. Este trabajo desea superar aquel tratamiento fundamentalmente fragmentario y parcial, proporcionando análisis integrados y desde perspectivas con diferente nivel de generalidad.

En tercer lugar, se pretende innovar por la vía de presentar marcos analíticos que posibiliten visualizar, de una manera clara, opciones, disyuntivas y tensiones.

En cuarto lugar, algún grado de innovación adicional es materializada desde el momento en que se recepciona y adapta al habla castellana, y a una concepción jurídica distinta a la del “common law”, literatura preferentemente anglosajona.

Y, en quinto lugar, se aspira a elaborar algunos análisis empírico - comparativos inéditos.

En cuanto a la metodología y diseño experimental, el trabajo es, fundamentalmente, uno de carácter analítico - conceptual, sin perjuicio de las consideraciones empírico - descriptivas que, en menor medida, se desarrollen y que se referirán a lo legislativo - reglamentario más que a lo jurisprudencial.

El examen analítico recién aludido, tiene, a su vez, una orientación global más que nacional. Es decir, se analizan las interrogantes principales del trabajo y sus derivaciones no respecto de uno o dos ordenamientos jurídicos en particular, sino a nivel de la normativa de diversas áreas tales como la comunitaria europea, norteamericana, inglesa, neo zelandesa, australiana, española y chilena, entre otras.

Asimismo, y sin perjuicio de las reflexiones que puedan hacerse, el estudio no es uno de tipo histórico. Por el

contrario, la vigencia actual de las discusiones en el ámbito académico y la ola de recomendaciones y reformas recientes en materia de libre competencia, hace especialmente útil un examen bajo un prisma de actualidad.

Igualmente, la tesis tendrá una visión multidisciplinaria, en donde junto a la perspectiva jurídica, es posible apreciar análisis cercanos a la Economía y, en menor medida, a la Sociología y Ciencia Política, tal como se ha mencionado previamente.

Finalmente, se hace presente que se utilizarán como fuentes primordiales las leyes, reglamentos y directrices de diversos países y áreas jurisdiccionales mayores, así como una literatura académica perteneciente, principalmente, al mundo anglosajón y europeo, y que tiene un carácter mayoritariamente económico - jurídico.

En relación, por último, al desarrollo temático específico de este estudio, el lector encontrará un primer capítulo referido a por qué la libre competencia es un valor deseable, pero, al mismo tiempo, complejo y conflictivo.

El segundo capítulo dirá relación con el por qué y el cómo el entorno ideológico y el juego de intereses de los diferentes actores influyen en un efectivo cumplimiento de una legislación de libre competencia.

Luego, el trabajo se abocará, en los capítulos tercero y cuarto, al análisis de las opciones de diseño institucional específico en materia de libre competencia, identificando fundamentos, ventajas, desventajas y buenas prácticas. Para tal efecto, se examinarán las opciones y relevancia de la posición que una autoridad de competencia tenga en la estructura administrativa superior del Estado, así como la

disyuntiva entre modelos integrados versus desintegrados, junto con el tema de la revisión judicial. También se hará hincapié en la importancia de la estructura y gestión organizacional interna, y en las, a veces, complejas interrelaciones entre las autoridades de competencia y los organismos reguladores sectoriales. El análisis institucional específico finalizará con las ventajas y desventajas de una institucionalidad integrada en materias de libre competencia y protección al consumidor.

En el capítulo quinto, se colocará el énfasis en aquella literatura que explica las diferentes aproximaciones o estilos que una entidad regulatoria tiene para lograr la observancia de la normativa pertinente, así como las causales de incumplimiento que pueden identificarse desde un enfoque radicado en los regulados.

Aplicando las diferentes aproximaciones estratégicas que se identificarán en el capítulo anterior, se examinarán con detalle, en los tres capítulos siguientes, las estrategias de colaboración y promoción, las estrategias de negociación, en donde se destaca el análisis de los acuerdos administrativos y las políticas de clemencia, y las estrategias sancionatorias.

Junto a los tópicos anteriores, el capítulo noveno se abocará a la influencia que tiene el diseño de las normas para el logro de una legislación de libre competencia adecuadamente ejecutada y cumplida.

El capítulo décimo, por su parte, englobará los tópicos anteriores, intentando proporcionar una perspectiva y un lenguaje que permita visualizar los diferentes valores y criterios de legitimidad y conveniencia e identificar las tensiones y disyuntivas existentes.

Por último, el trabajo finalizará con una síntesis conclusiva, la cual, sin pretender abarcar las muy numerosas distinciones analíticas que se efectuarán en este trabajo, espera brindar una noción clara de cuáles son las influencias y opciones de diseño principales para la ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia.

## CAPÍTULO 1

### LA LIBRE COMPETENCIA: UN VALOR DESEABLE, AUNQUE COMPLEJO Y CONFLICTIVO

Previo a la consideración de la libre competencia como un valor deseable, aunque complejo y conflictivo, es útil preguntarse por qué la libre competencia y su normativa ameritan ser objeto de estudio. Es indudable que es posible referirse a la ejecución, cumplimiento u observancia de las normas jurídicas de manera abstracta y global sin aludir a una determinada disciplina jurídica. Sin embargo, escribir de la ley o de la norma jurídica sólo en tales términos sacrifica la aportación de ilustrarlas y entenderlas con base en su aplicación concreta a una disciplina jurídica, la cual cuenta, además, con ciertas características de evidente atractivo.

La legislación de libre competencia tiene, en primer lugar, un carácter global. En efecto, las reglas sustantivas básicas en el ámbito de la libre competencia son similares para las diferentes jurisdicciones que cuentan con dicho tipo de normativa. En seguida, el número de países en los cuales rige una ley de libre competencia es significativo.<sup>1</sup> Y, por último, se está en presencia de un derecho global discutido y analizado globalmente. Por ejemplo, la labor de la OECD y de la ICN sobre el particular es ilustrativa de lo recién manifestado. Pero, en segundo lugar, además del carácter jurídico global de la libre competencia, la interdisciplinariedad de su estudio permite visualizar e

---

<sup>1</sup> Según la UNCTAD (2007), ya al año 2007 un total de 113 países o grupos regionales habían adoptado o estaban en proceso de adoptar legislaciones de competencia.

ilustrar con mayor nitidez que la ejecución y cumplimiento de una normativa no es algo explicable solamente desde la óptica del Derecho. Finalmente, en tercer lugar, el atractivo de la libre competencia radica en que se ha transformado, cada vez más, en un valor deseable para el buen funcionamiento de los mercados y el bienestar de los consumidores.

## **1.- ¿Por qué es deseable la libre competencia? La perspectiva económica**

¿Por qué debiera importarnos analizar y discutir respecto de la ejecución y cumplimiento de una legislación que promueva y defienda la libre competencia? Resulta útil comenzar este trabajo buscando el sentido último de los esfuerzos de tantos países por adoptar una legislación e institucionalidad de libre competencia.

En términos generales, la competencia en un mercado puede describirse como un proceso de rivalidad entre firmas o agentes del mercado buscando ganar clientes comerciales a través del tiempo.<sup>2</sup> Es la creencia de que los mercados competitivos son beneficiosos para el bienestar de los consumidores y, de esa manera, para el crecimiento y desarrollo económico lo que ha contribuido a estimular la proliferación de sistemas legales de protección de la libre competencia alrededor del mundo.

La competencia es buena para los consumidores (entendiendo por tales no sólo a aquellos ubicados al final de la cadena productiva - comercial) por la simple razón de que compele o estimula a los productores a ofrecer mejores

---

<sup>2</sup> Whish (1993), p. 1.

acuerdos en términos de precios más bajos, mejor calidad, nuevos productos y mayores opciones, resultados todos indicativos de un mayor grado de eficiencia en sus diferentes aspectos.

A nivel general, una adecuada política de competencia, entendiendo por ésta todas aquellas políticas públicas dirigidas a promover y resguardar de una u otra manera la competencia en los mercados, incluido, de manera importante, la legislación de defensa de libre competencia, puede ayudar a que los mercados funcionen mejor. En tal sentido, la competencia es un factor importante para la productividad y competitividad de una economía y, con ello, para el crecimiento de la economía,<sup>3</sup> lo cual, a su vez, redundará, indirectamente, en un incremento de la actividad económica que permita mayores y mejores puestos de trabajo, con la reducción consiguiente de la pobreza.<sup>4</sup>

Pero la competencia no sólo tiene relación con el crecimiento económico y la reducción de la pobreza, sino que parece razonable pensar que es un factor incidente en la mejora de los niveles de equidad, en específico, la igualdad de oportunidades. En efecto, una economía en la que predomine un escenario de competencia libre y justa proporciona un campo de juego parejo para el desenvolvimiento de la capacidad empresarial de las personas y, en general, del talento de éstas.

---

<sup>3</sup> Como lo asevera la OECD (2011, p.3), “una mayor competencia mejora el desempeño económico de un país, abre oportunidades de negocio para sus ciudadanos y reduce el costo de bienes y servicios a través de la economía”.

<sup>4</sup> Para una explicación e ilustración de la vinculación entre competencia y pobreza ver a Qaqaya y Lipimile (2008).

Para entender los beneficios de la competencia a un nivel más específico, resulta apropiado hacer referencia a la teoría económica, en especial al modelo de competencia perfecta y su contraste con una situación monopólica.

### 1.1. ¿Qué dice la Teoría?

La teoría económica neo-clásica explica que el “bienestar del consumidor” , estado que reflejará una situación de eficiencia, es maximizado en escenarios donde existe competencia perfecta. Bajo competencia perfecta los recursos económicos son plenamente aprovechados. Este óptimo aprovechamiento de los recursos suele explicarse aludiendo a distintas dimensiones de la noción de eficiencia: eficiencia asignativa y productiva.

Cuando los recursos económicos son asignados entre diferentes bienes y servicios en las cantidades deseadas por los consumidores (reflejándose dicho deseo en el precio que se está dispuesto pagar en el mercado), se estará en presencia de lo que se conoce como eficiencia asignativa. Existirá, por otro lado, eficiencia productiva, cuando los bienes y servicios son producidos al menor costo posible (dado la actual tecnología, precio de los insumos, etc.). Es esta combinación entre ambos tipos de eficiencia lo que daría lugar a que se esté en presencia de lo que se conoce en términos técnicos como “bienestar del consumidor” .<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Whish (1993), pp.1-2. Gutiérrez y Padilla (2005, pp.18-19) explican de una manera similar dichos conceptos. Utilizando palabras distintas, Lipsey y Harbury (1997, p.82) explican que se alcanza eficiencia productiva cuando no es posible producir más de cualquier bien sin producir menos de cualquier otro bien. Igualmente, dichos autores señalan que los recursos son eficientemente asignados cuando no es



Adicionalmente, aunque no pueda ser probado científicamente, tal como dice Whish,<sup>6</sup> en un mercado competitivo los productores estarán continuamente innovando y desarrollando nuevos productos como parte de la batalla por la superioridad entre rivales.<sup>7</sup> Esta innovación y progreso tecnológico que se ve estimulada por la competencia en un mercado es lo que se denomina eficiencia dinámica.<sup>8</sup>

Siguiendo a Whish (1993, pp.2-4), el modelo de competencia perfecta contiene ciertos supuestos. Se asume que en el mercado existe una gran cantidad de compradores y vendedores; que los bienes producidos son todos homogéneos o idénticos; que los consumidores tienen información perfecta acerca de las condiciones del mercado; que los recursos pueden movilizarse libremente de una actividad económica a otra; que no hay “barreras a la entrada” que puedan impedir el surgimiento de nuevos competidores; y que no hay “barreras de salida” que puedan impedir que una compañía deje la industria si así lo desea.

Este modelo teórico de competencia perfecta sugiere que las compañías individualmente consideradas son “tomadoras de

---

posible producir una combinación de bienes, diferente de aquel que está actualmente siendo producida, que le permita a una persona estar mejor, sin que al menos otra persona se encuentre peor.

<sup>6</sup> Whish (1993), p.2.

<sup>7</sup> Gutiérrez y Padilla (2005, p.19) señalan, en el mismo sentido, que “[l]os mercados competitivos aseguran también la eficiencia dinámica. La rivalidad entre empresas las incentiva a innovar con el fin de mejorar la calidad de los productos y atraer con ello a los consumidores”.

<sup>8</sup> No obstante lo manifestado respecto de la relación entre eficiencia dinámica y mercados perfectamente competitivos, Jones y Sufrin (2008, p.8) nos recuerdan que podría argumentarse que la innovación puede ser mejor proporcionada por mercados monopolísticos más que por mercados competitivos y que la capacidad para alcanzar poder de mercado es un importante aliciente para la innovación.

precios ” , esto es, que no tienen capacidad para unilateralmente adoptar decisiones sobre el precio al cual vender sus productos en el mercado, ya que los precios a los cuales se transarán los productos ofrecidos serán los que el mercado imponga o pueda soportar.

Por el contrario, bajo el modelo, también teórico, de monopolio, el monopolista se encuentra en una situación que le permite afectar el precio del mercado. Esto ocurre debido a que la compañía monopolística es el único productor y, por ende, controla todo el volumen de producción que se transará en el mercado, lo cual, a su vez, determinará el precio. Bajo este escenario, el monopolista es capaz de incrementar el precio (y sus ganancias) por medio de reducir el volumen de su propia producción. Cuando el volumen de producción es menor que aquel que predominaría bajo un estado de competencia, como en el caso de monopolio, los consumidores serán privados de los bienes y servicios que ellos están dispuestos a adquirir al precio de mercado y buscarán satisfacer sus necesidades comprando bienes o servicios que ellos quieren menos. Lo anterior resulta en ineficiencia asignativa debido a que los recursos no son distribuidos de la manera más provechosa posible.

Además de la ineficiencia anteriormente señalada, el monopolio es ineficiente desde el punto de vista productivo. En efecto, el monopolista no se encuentra disciplinado por las fuerzas del mercado para producir al menor costo posible. Así es como puede decirse que el monopolista goza de una “vida tranquila” . En el mismo sentido, el monopolista puede no sentir la necesidad de innovar ya que éste no experimenta la presión por atraer clientes por medio de mejores y más avanzados productos. En este último sentido puede decirse,

como ya se manifestara previamente, que el monopolio es ineficiente desde una perspectiva dinámica.

Finalmente, dado que el monopolista es un “tomador de precios” en el sentido de que él puede determinar el precio de los bienes y servicios que produce o provee, se genera una transferencia de riqueza de los consumidores al productor monopolístico. Como bien lo plantea Whish (1993, p.4), “muchos economistas que se esfuerzan por lograr neutralidad científica argüirían que este punto es irrelevante: el bienestar del consumidor dice relación con la asignación de recursos y con la eficiencia productiva, y dado estos objetivos no es importante si la riqueza se encuentra en las manos del monopolista o de los consumidores. Dinero es dinero quien sea quien lo tenga. Pero nada requiere que el ciudadano común y corriente sea neutral en materia de políticas públicas y muchos desearían ignorar los escrúpulos científicos de los economistas al respecto. Además, puede argüirse que la sola perspectiva de ganar grandes utilidades monopolísticas puede estimular a las empresas a malgastar recursos en su intento por adquirir una posición monopolística, lo cual es una clara pérdida para la sociedad”.<sup>9</sup>

## 1.2. Cuestionamientos al Modelo

Como lo explica Whish (1993, pp.4-6), el primer cuestionamiento que puede hacerse al modelo de competencia perfecta y a su opuesto, el de monopolio, es que en su forma pura resultan extraordinariamente improbables. En la práctica, existen muchos estados intermedios, los cuales responderán a lo que suele denominarse como “competencia

---

<sup>9</sup> Este último argumento es desarrollado por Posner (1995).

monopolística” . Lo habitual es que el productor goce de algún poder monopólico respecto de productos diferenciados unos de otros. Asimismo, a veces existirá algún nivel de lealtad del consumidor, lo cual significa que un incremento en el precio no resultará necesariamente en una pérdida masiva de negocios o clientes. Igualmente, es improbable, por ejemplo, que los consumidores tengan información completa del mercado de modo que éstos sean capaces de apreciar oportunamente el menor precio disponible en el mercado.

Un problema adicional consiste, por ejemplo, en que el modelo parte de la base que todos los hombres de negocio son racionales y que siempre maximizarán sus utilidades. Si bien este punto es normalmente acorde con la realidad, quienes gestionan la empresa pueden estar interesados, por ilustrar diferentes situaciones que se apartan de la teoría, en que el tamaño de la empresa o grupo de empresas crezca intentando obtener una influencia económica, política o social en el ámbito en el que se desenvuelven, o, quizá, pueden pretender elegir vivir la vida tranquila más propia de aquella que los monopolios podrían tener.

### 1.3. Utilidad del Modelo

Es cierto que el modelo de competencia perfecta no se da en la realidad. No obstante, dicho modelo permite, de alguna forma, tener un parámetro y predecir el comportamiento que se esperaría ver en el mundo real de los mercados competitivos. Como lo ilustra de manera muy simple Hovenkamp, “en el modelo de competencia perfecta, los precios igualan los costos marginales. En el mundo real los precios pueden a menudo ser mayores que el costo marginal; sin embargo, en la medida en que en el mundo real los mercados se conviertan en más

competitivos, los precios tienden a aproximarse al costo marginal” .<sup>10</sup>

## 2.- La libre competencia: un objetivo de interés público complejo y conflictivo. Finalidad de la libre competencia

Posiblemente todos considerarán que la competencia es un valor deseable e, incluso, podría llegar a haber cierto nivel de consenso respecto de las razones para tener una legislación de libre competencia. Sin embargo, es difícil proporcionar una definición de “competencia” con la cual cada uno pueda estar de acuerdo. Utilizando la incisiva frase con la cual Eleanor Fox (1987) tituló uno de sus más conocidos artículos, hay una batalla por el alma de la libre competencia ( “battle for the soul of antitrust” ). Se trata de una batalla que comenzó teniendo una alta exposición pública con la obra de Bork (1978), la cual, con insinuante título ( “Antitrust: a policy at war with itself” ), afirmó que la libre competencia estaba sujeta a una paradoja que constituía una verdadera guerra consigo misma.

Cuando con anterioridad se hizo referencia a los beneficios de la libre competencia, se puso especial atención a las ganancias en eficiencia económica o bienestar del consumidor que podían obtenerse en los mercados mientras más se acercaran a un escenario de competencia perfecta. Sin embargo, hablar de eficiencia y de bienestar del consumidor puede resultar complejo ante las distinciones que pueden hacerse y las tensiones o “trade offs” que pueden surgir. En otras palabras, no basta con hablar de eficiencia

---

<sup>10</sup> Hovenkamp (2005), p.73. Este tema es expuesto en un mismo sentido por Calvo Caravaca (2009, p.40).

económica, ya sea porque existen varios tipos de eficiencia, algunos de los cuales entran en tensión, o porque la libre competencia y la eficiencia no constituyen un único valor o parámetro a ser seguido en políticas públicas o no es un criterio no conflictivo con otros objetivos de interés público.

En lo que sigue, nos referiremos, en primer lugar, a las diferentes concepciones de competencia que existen. En segundo lugar, a la distinción entre bienestar del consumidor ( “consumer welfare” ) y bienestar total ( “total welfare” ). En tercer lugar, se hará referencia a la tensión existente entre eficiencia productiva y eficiencia dinámica. Y, en cuarto lugar, se abordará el tema de la conflictividad de la libre competencia (más allá de lo esquivo de su objetivo) con otros objetivos de interés público.

## 2.1. Diferentes nociones de competencia

Al inicio de este trabajo se hizo alusión a un concepto de competencia sustentado en el natural sentido de esta palabra. Es así como, tomando la definición proporcionada por el profesor Whish (1993, p.1), “competencia significa una lucha o enfrentamiento por la superioridad, y en el mundo comercial esto significa una disputa por los clientes y negocios de la gente en el mercado” .

Como lo explica Monti (pp.22-23.), la definición proporcionada por Whish puede resultar útil en la medida en que no se confundan los medios con los fines. En este sentido, la rivalidad entre las empresas es el medio para alcanzar fines socialmente deseables, tales como la eficiencia económica, la libertad económica o el bienestar del

consumidor, por nombrar algunos. Así, para valorar cuándo se está en presencia de una distorsión a la competencia uno podría enfocarse en el medio (la rivalidad) más que en los fines, o viceversa. El inconveniente de la primera alternativa es que no proporciona un método con algún grado de precisión para determinar si se está en presencia de una falla de mercado. En efecto, las empresas están inventando diariamente nuevas formas de competir y, por lo tanto, sería equivocado presumir que es posible identificar estados “ideales” de rivalidad en los mercados. Además, el derecho de la competencia no impide algunas formas de cooperación entre empresas, de modo que la rivalidad como parámetro de competencia resulta, a lo menos, incompleta. En último término, como lo manifiesta Bork (1978, p.58), el considerar a la rivalidad como un fin en sí mismo no toma en consideración la extensión e intensidad de los beneficios que fluyen de la eliminación de la rivalidad.<sup>11</sup>

De acuerdo a una segunda noción de competencia, la existencia o no de ésta no dice relación con si hay o no rivalidad, sino que está referida a si el mercado da lugar a bienestar económico o no. El argumento a favor de una definición como la expuesta radica en que proporciona un parámetro más realista y medible que el enfoque en la rivalidad. Esta acepción de competencia ha resultado ser la más común, sin perjuicio de las dificultades que genera el concepto de bienestar económico, como se verá más adelante.<sup>12</sup>

En tercer lugar, la noción de “competencia” puede ser concebida como aquel estado del mercado en el cual los

---

<sup>11</sup> Considérense, por ejemplo, el aprovechamiento de economías de escala y alcance derivados de una operación de fusión entre dos compañías competidoras.

<sup>12</sup> Bork (1978), p. 59.

compradores y vendedores individuales no influyen los precios por sus compras o ventas. Una acepción como la indicada, propia del modelo de competencia perfecta, puede tener valor como guía de razonamiento acerca de los mercados actuales. Pero si se siguiera el modelo puro, el cual es teórico y no real, no habría nunca un estado de competencia y, por ende, las conductas siempre serían más o menos anticompetitivas.<sup>13</sup>

En cuarto lugar, la palabra “competencia” puede ser leída, igualmente, como la ausencia de restricciones sobre las actividades económicas de una persona o empresa. La crítica que puede hacerse a una concepción como la señalada radica en que para la preservación de la competencia se requeriría disolver todos los contratos comerciales y las obligaciones que de ellos deriven. No puede perderse de vista que cada acuerdo o contrato comercial implica, en sí mismo, una restricción.<sup>14</sup>

Una quinta aproximación, es la concepción de competencia vinculada al valor de la libertad económica. La idea detrás de esta postura es que el sistema económico debiera permitir que todos los individuos puedan participar sin ser estorbados por el poder económico de otros. Desde esta perspectiva, la eficiencia económica, tal como es entendida por la economía neoclásica, puede ser un efecto indirecto que derive de la libertad económica, pero no constituye su principal valor.<sup>15</sup> Esta visión, la cual es avanzada por la escuela ordoliberal, tiene una especial consideración por los competidores, en especial por aquellos de menor o mediano tamaño, los cuales

---

<sup>13</sup> Bork (1978) p. 60.

<sup>14</sup> Bork (1978), p. 60.

<sup>15</sup> Monti (2007), pp. 23-24.



serían reflejo de la libertad de la ciudadanía para poder entrar y competir en los mercados.<sup>16</sup>

## 2.2. Bienestar del consumidor y bienestar total

Cuando se hace referencia a bienestar del consumidor ( “consumer welfare” ) se está aludiendo, en términos económicos, a la ganancia del consumidor o “consumer surplus” .<sup>17</sup> El “consumer surplus” puede definirse como la diferencia entre lo que el consumidor está dispuesto a pagar por un bien o servicio y lo que realmente paga. La ganancia del productor ( “producer surplus” ), a su vez, puede definirse como el monto de ingreso que un productor recibe en exceso de lo que requeriría para proveer un determinado número de unidades de un bien o servicio, es decir, la ganancia por vender bienes sobre el costo de producción.<sup>18</sup> El bienestar total o “total welfare” es la suma de los dos tipos de ganancias o “surplus” .

Si una política de competencia está guiada por el bienestar del consumidor más que por el bienestar total, ésta estará preocupada por la transferencia de ganancias ( “surplus” ) del consumidor al productor, considerándola, por ende, dañina. En otras palabras, utilizando el estándar del bienestar del consumidor, una conducta sería condenada si reduce el bienestar de los compradores independientemente de

---

<sup>16</sup> Jones y Sufrin (2008), p.35.

<sup>17</sup> Conviene señalar que la expresión “consumer welfare” utilizada por Robert Bork (1978) en su famosa obra “The Antitrust Paradox: a policy at war with itself” dice relación con el estándar del “bienestar total” . Este equívoco o confusión es particularmente subrayada por Salop (2005).

<sup>18</sup> Farrell y Katz (2006), p.1.

su impacto en los vendedores. Por el contrario, una política de competencia que elige como criterio la persecución del bienestar total no estará preocupada acerca de los efectos redistributivos de las ganancias de eficiencia, considerando también las ganancias del productor como deseables para la consecución de la eficiencia económica y, consecuentemente, del bienestar de la sociedad.<sup>19</sup>

Esta diferencia de perspectivas o criterios a ser utilizados cuando se habla de eficiencia económica puede vislumbrarse más claramente ante el examen de una fusión o adquisición. A modo ilustrativo, si la fusión u operación de concentración posibilita una reducción significativa de los costos de una empresa que se transforma en dominante, pero también permite e incentiva a la empresa fusionada a elevar sus precios sobre el nivel previo a la fusión, dicha operación de fusión violaría el estándar de bienestar del consumidor.

No obstante, si la fusión permite reducir suficientemente los costos de modo de incrementar las ganancias de la nueva empresa derivada de la fusión en mayor medida que el daño que implicaría para los consumidores un alza en el precio, dicha operación sería aprobada bajo el estándar del “beneficio total” (total welfare o aggregate economic welfare). Por ejemplo, si los precios se elevan y se reduce el bienestar de los consumidores en \$100, pero eleva la utilidad de la empresa monopólica o dominante en \$110 debido a que puede cobrar precios más altos y los costos se reducen un poco, dicha

---

<sup>19</sup> Jones y Sufrin (2008), p.13. Hay que tener en consideración, como lo plantean estos autores, que, en la realidad, “productores” y “consumidores” a menudo no son entidades separadas, ya que los consumidores pueden ser también accionistas, tal como ocurre, por ejemplo, con aquellos accionistas o inversionistas institucionales que, como los fondos de pensión y las compañías de seguro, pueden beneficiarse de las ganancias transferidas de los consumidores a los productores.

conducta sería bendecida de acuerdo al estándar del “beneficio total” o “beneficio económico agregado”, pero sería condenada bajo el estándar del “beneficio del consumidor”. En este último ejemplo, se cumpliría el estándar del “beneficio total” debido a que los beneficios son mayores que los costos y, por lo tanto, a nivel agregado, se incrementa el beneficio o riqueza para la sociedad en su conjunto, independiente de quien gana y quien pierde.

Los dos estándares también difieren en la forma en que abordan el daño a los competidores. El estándar del “beneficio a los consumidores” es indiferente si la conducta daña a los competidores, a menos que sea probable que dicha conducta perjudique a los consumidores, por ejemplo, causando en forma real o con una alta probabilidad que los precios se incrementen. Por el contrario, el estándar del “beneficio total o beneficio económico agregado” se preocupa por igual del posible daño ocasionado a los consumidores, competidores o a la empresa acusada. Lo anterior se explica porque tanto los consumidores, como los competidores y la empresa acusada contribuyen de igual forma al bienestar agregado.

Otro ejemplo proporcionado por Steven C. Salop (2005, p.9) resulta ilustrativo de la significancia práctica de estos dos estándares en el ámbito del control de operaciones de concentración. Suponga que en la situación previa a la fusión existe una empresa dominante con un 90% de participación de mercado y dos competidores (con productos algo diferenciados) cuyo costo de producción es alto y que poseen, cada uno, un 5% del mercado. Suponga que las dos firmas de menor participación de mercado proponen fusionarse, estimándose una reducción significativa de los costos post fusión, una baja de los precios en un 10%, y un aumento de la participación de mercado a un 30%. Esta fusión sería fantástica para los

consumidores. Sin embargo, ésta podría reducir el bienestar agregado debido a que podría dar lugar a mayores costos de producción globales dado que la empresa dominante que tiene menores costos de producción perdería ventas a manos de su competidor de mayores costos. Bajo el estándar del “bienestar total o bienestar agregado” la operación de concentración podría ser condenada, a pesar del beneficio a los consumidores.

Si se considera que la libre competencia debe enfocarse más en proteger la competencia en los mercados que los competidores, el estándar del “bienestar total o bienestar agregado” no resulta del todo consistente.

El objetivo de las explicaciones proporcionadas no radica en demostrar cuál estándar debiera ser el adecuado, sino en dejar constancia que cuando se hace referencia a la eficiencia económica como parámetro de bienestar puede estarse aludiendo a dos tipos de estándares diferentes. En definitiva, y como lo sugiere Williamson (1968), es posible hablar acerca de “Welfare Tradeoffs”.

### 2.3. Tensión entre eficiencia estática y eficiencia dinámica

La afirmación de que la libre competencia es un concepto complejo es cierta incluso si se concordara que la eficiencia económica como finalidad debiera ser preponderante. En efecto, no sólo existe diferencia cuando se hace referencia al concepto de eficiencia como bienestar económico: ya vimos la diferencia entre bienestar del consumidor y bienestar total. Además, nos enfrentamos ante otro “trade off” o tensión entre dos tipos de eficiencia: la eficiencia estática y la eficiencia dinámica. La eficiencia estática siendo

importante, no es la única que merece atención, lo cual puede hacer cambiar la visión en términos de competencia que se tenga respecto de los efectos anticompetitivos de una conducta.

Se habla de eficiencia dinámica para significar aquellos procesos que ocurren en el tiempo y que dan lugar, progresivamente, a menores costos, nuevos productos, o productos mejorados. Aprender haciendo, eliminando gastos redundantes y alcanzando economías de escala en investigación y desarrollo, son ejemplos de eficiencias dinámicas. Mientras las eficiencias estáticas se relacionan con un particular punto en el tiempo, las eficiencias dinámicas se relacionan con fuerzas evolutivas como investigación y desarrollo, las cuales pueden ocurrir y tienen efecto en períodos de tiempo múltiples.<sup>20</sup>

El contraste entre eficiencia estática y eficiencia dinámica es especialmente importante en el análisis de operaciones de concentración (fusiones y adquisiciones). Hay autores como Jorde y Teece (1990, p.94) que plantean que “la política de libre competencia de Estados Unidos ha estado preocupada con aspectos estáticos más que inter-temporales”. Éstos hacen ver que la innovación es la investigación, descubrimiento, mejora, adopción y comercialización de nuevos procesos, nuevos productos y nuevas estructuras y procedimientos organizacionales, y que ésta involucra incertidumbre, tomar riesgos y experimentar una y otra vez.<sup>21</sup> Dichos autores afirman que para tener viabilidad financiera, las compañías deben innovar y, para tal efecto, deben moverse con rapidez hacia una situación ventajosa en los activos y

---

<sup>20</sup> OECD (2008a), p. 18.

<sup>21</sup> Jorde y Teece (1990), p. 76.

tecnologías apropiadas. Si ellas no están integradas, la mejor solución involucra la celebración de acuerdos cooperativos de carácter bilateral y multilateral.<sup>22</sup>

La OECD (2008a, p.10) ha reconocido que las agencias de competencia, en la evaluación de fusiones, ponen demasiada atención a la competencia en precios desde una dimensión de corto plazo, no colocando, por el contrario, la atención suficiente respecto de la eficiencia dinámica y los aspectos de competencia no relacionados con el precio.

Igualmente, se ha reconocido la importancia de la eficiencia dinámica, como aquella derivada de la innovación, para el desarrollo industrial y para el mejoramiento de los estándares de vida. Tal como lo manifiesta de manera categórica la OECD (2008a, p.10), “sería deseable - en un mundo ideal- que los aspectos relacionados con la eficiencia dinámica sean más frecuentes y tengan una mayor prominencia en las decisiones sobre fusiones” .

Se ha reconocido que “la eficiencia dinámica tiene un potencial especialmente fuerte para compensar los aspectos anticompetitivos de las fusiones” .<sup>23</sup> El gran inconveniente radica en que este tipo de eficiencias son difíciles de identificar y medir. No es fácil identificar y medir el costo, oportunidad, extensión y probabilidad del éxito comercial de estrategias que vayan en la dirección de lograr mayores niveles de eficiencia dinámica. Además, existe el siempre endémico problema de asimetría de información entre las partes fusionadas o que aspiran a fusionarse y la agencia de competencia que debe evaluar las eficiencias alegadas.

---

<sup>22</sup> Jorde y Teece (1990), p. 94.

<sup>23</sup> OECD (2008a), p. 19.

La OECD (2008a, p.11), recabando información de varios países, concluye que, por una serie de razones, el hecho de que las eficiencias dinámicas históricamente hayan sido ignoradas por las cortes y agencias de competencia puede haber afectado a relativamente pocos procesos de concentración. Una de las razones radica en que las partes objeto de fusión también han tendido a ignorar las eficiencias dinámicas. Existen agencias de competencia, según se explica, que jamás han sido confrontadas a una situación en que haya que evaluar este tipo de eficiencias. Otras manifiestan que incluso en casos en que las compañías han hecho alegaciones al respecto, rara vez han tenido la magnitud y credibilidad suficiente. Otras agencias han hecho ver que estudios empíricos llevados a cabo han llegado a la conclusión que es improbable que muchas fusiones incrementen los niveles de eficiencia. Por último, otros han expresado la visión de que la mayoría de las fusiones en que es probable que se produzcan significativas eficiencias dinámicas no presentan, en primer lugar (desde el inicio), problemas de competencia.

En definitiva, cabe concluir que incluso cuando se aspira a tener a la eficiencia como parámetro para determinar si una conducta u operación es anticompetitiva o no, existen diversos tipos de eficiencia, circunstancia que puede hacer cambiar las determinaciones de las agencias de competencia, según la preponderancia que se le dé a uno u otro tipo de eficiencia. Para finalizar, puede resultar ilustrativo de lo recién manifestado lo señalado por Van den Bergh y Camesasca (2001, pp.5-6): “ las fusiones pueden posibilitar que las firmas fusionadas alcancen importantes economías de escala incrementándose la eficiencia productiva, pero, al mismo tiempo, puede posibilitar la colusión de compañías previamente independientes para elevar los precios sobre los niveles

competitivos, provocando ineficiencia asignativa. Existe, también, debate entre los economistas acerca de un posible trade off entre poder de mercado y progreso tecnológico. Los costos pueden bajar como resultado de la competencia en innovación tecnológica, pero, al mismo tiempo, la concentración de mercado puede incrementarse; los precios sobre los costos marginales pueden también ser necesarios para permitir a las compañías una adecuada recompensa en sus inversiones en investigación” .

#### 2.4. Tensión entre la libre competencia y otros objetivos de interés público

En las páginas precedentes se ha destacado la importancia de la eficiencia económica como objetivo fundamental de la libre competencia, así como las dificultades existentes para apreciar dicho parámetro.

En lo que sigue, se intentará mostrar el complejo desafío de la libre competencia para lidiar con otros objetivos de interés público. Se explorará la diferenciación e interacción entre libre competencia y algunos objetivos fundamentalmente económicos, pero que no son necesariamente coincidentes con el valor de la libre competencia.

##### a) Política industrial

El velar por la competencia y hacerlo por la competitividad de una determinada industria son objetivos distintos y a veces conflictivos.



Son varias las situaciones de conflicto que pueden derivarse de la promoción de una política industrial dentro del ámbito de la aplicación del derecho de la competencia. La mayoría de los casos se dan en el ámbito de las fusiones u operaciones de concentración. Un ejemplo de promoción de la competitividad de un “campeón nacional” ,<sup>24</sup> sería el apoyo gubernamental a una fusión que le permitiera a la compañía nacional competir de manera efectiva en los mercados internacionales o, al menos, incrementar su capacidad para hacer aquello.<sup>25</sup> Igualmente, la oposición del gobierno a una toma de control foránea ( “foreign takeover” ) de alguna prestigiosa compañía nacional, o a la participación foránea en alguna industria doméstica estratégica, han probado ser ejemplos altamente discutibles de protección de “campeones nacionales” , e inherentemente capaces de generar conflicto con un análisis propio del derecho de la competencia. Los escenarios anteriores suelen provocar un gran nivel de incertidumbre para las compañías involucradas, y disminuye la habilidad de éstas y de empresarios para expandirse hacia mercados geográficos más grandes.

La interacción entre libre competencia y política industrial ha estado especialmente presente en Europa. La política de la Comisión Europea, según Monti (2007, p.95), ha intervenido en dos tipos de circunstancias mirando especialmente la competitividad de la industria europea. El primer tipo de intervención ha sido para eximir “crisis

---

<sup>24</sup> Empresa nacional, usualmente emblemática o de gran tamaño, que busca competir o “conquistar” mercados fuera de su país de origen.

<sup>25</sup> Confirmando la existencia de este tipo de argumentación, pero relativizando su aceptación, Soares (2008, p.363) señala que “la idea de que un incremento en la escala en los mercados domésticos permitiría el fortalecimiento de la competitividad de una compañía internacional (...) está lejos de estar consensuado a nivel económico” .

cartels” o acuerdos entre competidores en dificultad que son diseñados para facilitar el remedio a problemas estructurales y para asegurar el retorno a la rentabilidad de estas compañías. Ésta fue una política seguida principalmente en los primeros años de la década de 1980 que siguió a un período de estancamiento económico en Europa. El segundo tipo de intervención ha consistido en eximir acuerdos diseñados para fortalecer la industria comunitaria europea en relación a competidores globales. Ésta fue una política seguida principalmente a principios de los años noventa.

En estas decisiones de reestructuración, la Comisión ha sostenido que, por ejemplo, los acuerdos diseñados para reducir la sobreproducción cuando la demanda es baja proporciona tres beneficios: (1) eficiencia, (2) suavizamiento del impacto en el empleo, y (3) facilitación y celeridad en los procesos de reestructuración que incrementarían la competitividad de la industria europea. Estos tres tipos de consideraciones, en conjunto, proveerían un grado suficiente de “progreso técnico y económico” para compensar las restricciones a la competencia, las cuales serían, en todo caso, temporales.<sup>26</sup>

No obstante las justificaciones que puedan hacerse en un análisis de derecho de la competencia, no resulta obvia su pertinencia. De hecho, el Director General de Competencia de la Unión Europea, Philip Lowe, ha dicho que este tipo de patriotismo económico o proteccionismo es ilegal, inmoral e ineficiente ( “fat” ).<sup>27</sup> De hecho, ese tipo de justificación permite vislumbrar el intento por aplicar disposiciones de defensa de la libre competencia a situaciones que responden a

---

<sup>26</sup> Monti (2007), p. 95.

<sup>27</sup> Citado por Galloway (2007), p. 2.

un objetivo distinto (la defensa de ciertos competidores) y que, en definitiva, generan un potencial conflicto de valores.

#### b) Protección del consumidor

El rol del derecho de la competencia consiste en preservar una gama de opciones disponibles para los consumidores en el mercado. El rol de una legislación de protección al consumidor, en cambio, es defender la capacidad para elegir libre y efectivamente entre distintas opciones ofrecidas por el mercado.<sup>28</sup>

Tanto la legislación de libre competencia como la de protección del consumidor abordan los problemas suscitados por distorsiones en el mercado, el cual se sustenta en la interacción entre la oferta y la demanda. Las infracciones a la libre competencia, como la fijación de precios o las prácticas de exclusión, distorsionan el lado de la oferta debido a que restringen la oferta y elevan los precios. Las infracciones a la protección del consumidor, como la publicidad engañosa, distorsionan el lado de la demanda debido a que ellos crean la impresión de que un producto o servicio vale más de lo que realmente es.<sup>29</sup>

Como puede apreciarse, existe una interacción entre valores que son diferentes. Lo interesante es que hay casos en que resulta difícil balancear o conciliar objetivos que van en dirección opuesta. Esto puede ilustrarse, por ejemplo, en el caso de las restricciones verticales en el ámbito de la distribución de bienes. Al evaluar la consistencia o no de un

---

<sup>28</sup> Ver, en general, a Averitt y Lande (1998).

<sup>29</sup> Leary (2005), pp.1147-1148.

acuerdo vertical debe ponerse atención al efecto que éste tiene en el lado de la oferta y en el de la demanda. Esto significa que debe intentarse valorarse el efecto en la competencia intramarca ( “intrabrand” ) y entre marcas ( “interbrand” ) de un acuerdo del tipo aludido precedentemente.<sup>30</sup> En definitiva, y como se señalaba, lo anterior refleja una tensión en la interacción de dos objetivos diferentes en la ejecución de las normas de libre competencia.

### c) Competencia desleal

En general, se entiende por competencia desleal “toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medios ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado” .<sup>31</sup> Basándonos en la Ley de Competencia Desleal de Chile, son ejemplos de este tipo de actos los siguientes: a) Toda conducta que aproveche indebidamente la reputación ajena, induciendo a confundir los propios bienes, servicios, actividades, signos distintivos o establecimientos con los de un tercero; b) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes,

---

<sup>30</sup> Leary (2005), p.1149.

<sup>31</sup> Artículo 3º de la Ley 20.169 de 1997 de Chile. Por su parte, el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 3/1991 de España establece que “en las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores” .

características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicio ofrecidos, propios o ajenos; c) Todas las informaciones o aseveraciones incorrectas o falsas sobre los bienes, servicios, actividades, signos distintivos, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que sean susceptibles de menoscabar su reputación en el mercado. Son también ilícitas las expresiones dirigidas a desacreditarlos o ridiculizarlos sin referencia objetiva; d) Las manifestaciones agraviantes que versen sobre la nacionalidad, las creencias, ideologías, vida privada o cualquier otra circunstancia personal del tercero afectado y que no tenga relación directa con la calidad del bien o servicio prestado; e) Toda comparación de los bienes, servicios, actividades o establecimientos propios o ajenos con los de un tercero, cuando se funde en algún antecedente que no sea veraz y demostrable; f) Toda conducta que persiga inducir a proveedores, clientes u otros contratantes a infringir los deberes contractuales contraídos con su competidor; g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado.

Resulta útil tener presente, como lo dice Hovenkamp (2005, pp.174-175), que la libre competencia y la competencia desleal ( “business tort” ) son dos tipos de legislaciones diferentes. El propósito de la libre competencia no consiste en corregir comportamientos comerciales poco éticos o, incluso, engañosos. La legislación antimonopolio está dirigida a promover la competencia por medio de estimular estructuras de mercado más competitivas e interviniendo selectivamente cuando las prácticas representen una genuina

amenaza a la competencia. Es cierto que algunas conductas que una legislación antimonopolio condena pueden también caer en el ámbito de la competencia desleal, pero la libre competencia impone condiciones estructurales mucho más exigentes y requiere algo más que haber dañado al rival. En general, un acto de competencia desleal se transforma en una infracción a la libre competencia solamente si hay un significativo daño a la competencia. Por ejemplo, una práctica de competencia desleal puede derivar en una violación a la libre competencia cuando éstas hacen una significativa y durable contribución al poder de mercado de la compañía que incurrió en deslealtades comerciales.<sup>32</sup>

#### d) Propiedad intelectual e industrial

La libre competencia y la propiedad intelectual e industrial (PI) tienen una relación ambivalente. Por un lado, podría argumentarse que se trata de objetivos en conflicto, toda vez que las legislaciones sobre PI suelen conceder derechos exclusivos o “ monopolios legales ” , algo inconsistente con la libre competencia. Por otro lado, podría sugerirse que la PI fomenta la libre competencia en cuanto promueve la innovación y la creación de nuevos mercados y productos.

Bajo una perspectiva más abstracta, y siguiendo a Hovenkamp (2005, p.254), “ uno siempre puede encontrar un

---

<sup>32</sup> Desde luego, en estas materias existen matices. Por ejemplo, la legislación de libre competencia chilena establece que un acto de competencia desleal constituye una infracción a la libre competencia cuando éstas son realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado (ver letra c) del artículo 3º del D.L. 211.

conflicto entre las leyes de libre competencia y PI. Ellas balancean el crecimiento económico en dos formas diferentes: a través de la competencia y de la innovación. La competencia es eficiente porque presiona a los monopolios a estar fuera de la economía. En el corto plazo, la competencia maximiza el volumen del comercio y el valor agregado de los recursos. En el largo plazo, sin embargo, la competencia perfecta reduce el incentivo a innovar. Los precios son conducidos hacia los costos, y el conocimiento fluye libremente. Esto significa que las innovaciones son rápidamente copiadas por aquellos que no han invertido en su creación. Los precios son constreñidos a la baja a un nivel que puede impedir que un innovador pueda obtener un retorno positivo de sus inversiones” . Como resulta evidente, mucho del conflicto existente entre estos dos valores se refleja en la disyuntiva entre eficiencia estática y eficiencia dinámica, lo cual implica que habrá un mayor o menor nivel de tensión entre el objetivo de la libre competencia y el de la protección de la PI según la aproximación que se tenga sobre los dos tipos de eficiencia y la posibilidad de armonización.

Intentando clarificar la interacción entre el valor de la libre competencia y el de la PI, Hovenkamp (2005, p.255) distingue entre cuestiones de duración y cuestiones de ámbito. Las primeras, según el citado autor, pertenecen a la esfera del poder legislativo. En efecto, aunque se proporcione una protección inusualmente larga e, incluso, ésta pueda ser contraria al interés público, éste no es trabajo de los encargados de ejecutar la legislación de libre competencia. El segundo tipo de cuestiones serían más complejas. Aquellas prácticas que van más allá del ámbito de protección dado por los derechos de PI pueden violar las leyes antimonopolios, como, por ejemplo, cuando una licencia de patente implica una

fijación de precios o algún tipo de exclusión que la ley de PI no autoriza. Igual cosa ocurre cuando una empresa dominante entabla una acción judicial basada en un supuesto privilegio que va más allá de lo que efectivamente la patente le confiere.

#### e) Regulación

Existe conflicto entre libre competencia y regulación si esta última perjudica la competencia por medio de la utilización de herramientas regulatorias ineficientes e innecesariamente restrictivas de la participación de los actores del mercado. El establecimiento de barreras a la entrada o la fijación de precios mínimos pueden ser ejemplos muy patentes de lo expresado anteriormente. También es posible visualizar un conflicto, por ejemplo, cuando un regulador sectorial privilegia otros objetivos públicos como la inversión y cobertura en telecomunicaciones o la seguridad energética en electricidad más que la eficiencia económica y la rivalidad entre los participantes. ¿Y los casos de licitaciones de obras públicas o de frecuencias de radiodifusión? Estos ámbitos también pueden generar conflictos entre una norma reguladora dictada y aplicada por una autoridad pública y una legislación de libre competencia. En caso una medida regulatoria imponga a los actores del mercado conductas que serían prohibidas bajo la legislación de libre competencia, ¿qué legislación debiera tener preeminencia?

Si existe una remisión normativa expresa en virtud del cual queda claro que la legislación aplicable es la de libre competencia, ningún conflicto aparecerá. Igualmente, si existe una norma jurídica de igual jerarquía normativa que



hace inaplicable explícitamente las normas de libre competencia, tampoco habrá un problema.

A su vez, la prevalencia de la legislación de libre competencia sobre regulaciones anticompetitivas puede estar garantizada en virtud de la jerarquía normativa existente en la jurisdicción pertinente. En efecto, de acuerdo con la teoría general del Derecho, una norma jurídica jerárquicamente superior tiene preeminencia sobre una norma jurídica inferior.

En casos en que no existe solución en base al principio de jerarquía normativa y en aquellos en que no existe una solución normativa explícita, no resulta fácil armonizar la regulación con la libre competencia cuando existe fricción en el contenido de ambos cuerpos normativos.

En otras palabras, la libre competencia no está exenta de conflicto con la regulación sectorial o, en términos generales, con los actos de autoridad. Para algunos más cautos en la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia en estos ámbitos, debería reconocerse que las autoridades de libre competencia son reguladores residuales. Bajo este prisma, no sería el rol de los tribunales de libre competencia o de los jueces en general “decidir si la regulación de precios o de entrada en la provisión de electricidad o el servicio de taxis es apropiado. El derecho de la competencia toma como dada la estructura regulatoria existente que tenga el mercado” .<sup>33</sup> Las autoridades de competencia y los jueces encargados de su aplicación, en su caso, suelen, por el contrario, tener una actitud maximalista

---

<sup>33</sup> Hovenkamp (2005), p. 231.

de sus potestades, lo cual incrementa las posibilidades de conflicto.<sup>34</sup>

## 2.5. Objetivos de una legislación de libre competencia e ilustración de algunos diseños normativos

La OECD (2003b, p.2) reconoce que “los objetivos de la libre competencia a lo largo de diferentes países indica que en muchas jurisdicciones, los objetivos básicos son mantener y estimular el proceso de competencia en orden a promover el uso eficiente de los recursos mientras se protege la libertad de acción económica de varios participantes del mercado. [No obstante,] la política de competencia ha sido también generalmente vista para alcanzar o preservar un número de otros objetivos: pluralismo, descentralización en la toma de decisiones económicas, freno a los abusos del poder económico, promoción de los pequeños negocios, la justicia y equidad y otros valores socio - políticos” .

La realidad de la inclusión de objetivos múltiples en diferentes jurisdicciones, en casos en que efectivamente se explicita algún objetivo, se dice que incrementa el riesgo de conflictos y de una aplicación inconsistente de la política de competencia.<sup>35</sup> Ante el evento de que exista una multiplicidad de objetivos potencialmente conflictivos entre sí suele recomendarse la aplicación armónica y balanceada. Sin embargo, es posible argüir que el roce o fricción es inevitable.

---

<sup>34</sup> Una óptica que aspira a extender en la mayor medida posible las disposiciones de una normativa de defensa de la libre competencia puede apreciarse en un documento de la ICN (2004).

<sup>35</sup> OECD (2003b), p.2.

Asimismo, en aquellas legislaciones en que el único objetivo u objetivo primordial es la eficiencia económica las fricciones o tensiones también existen. Como ya se ha visto en apartados precedentes, la eficiencia económica dirigida a promover el bienestar del consumidor es una noción que, en sí misma, es compleja al admitir diferentes visiones no necesariamente susceptibles de ser armonizadas.

La complejidad ya advertida de establecer variados objetivos como metas inspiradoras de una legislación o de señalar como único objetivo la eficiencia económica ha llevado a que algunas diseños legislativos opten por no explicitar objetivo global alguno o por indicar, de manera tautológica, que el objetivo de la legislación es la libre competencia.

La explicitación de objetivos globales en una legislación (o en sus preámbulos) puede permitir orientar interpretativamente a quienes son responsables de las decisiones jurisdiccionales. Sin embargo, la complejidad inherente ya mencionada unido al hecho de que quienes están llamados a aplicar la ley a los casos concretos no viven en una burbuja ajena a la política, a la ideología económica o a consideraciones de interés privado, permite sugerir que el diseño respecto de los objetivos que deben inspirar una legislación de libre competencia tiene una importancia menor.

A continuación, es posible apreciar la diversidad de fórmulas que sobre el particular muestran diferentes legislaciones. Esto indica, de una u otra manera, que el beneficio de uno u otro diseño no es pacífico y que, en último término, no permite apreciar con claridad que uno es mejor que otro. No obstante lo anterior, el explicitar legislativamente como objetivo la eficiencia económica, puede tener la virtud de permitir un mayor espacio para consideraciones económicas,

sin perjuicio que la misma ciencia económica suele evolucionar en su apreciación de temas de libre competencia.

a) El Salvador

El diseño por el cual ha optado la legislación salvadoreña es uno en que la eficiencia económica aparece como objetivo único.

En efecto, el artículo 1º del Decreto Legislativo N°528 de 2004 dispone que “[e]l objeto de la presente ley es el de promover, proteger y garantizar la competencia, mediante la prevención y eliminación de prácticas anticompetitivas que, manifestadas bajo cualquier forma limiten o restrinjan la competencia o impidan el acceso al mercado a cualquier agente económico, *a efecto de incrementar la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores*” (énfasis agregado).

b) Chile

La legislación chilena, por su parte, establece en el artículo 1º del Decreto Ley N°211 de 1973 un objetivo que bien puede considerarse como tautológico, lo que demuestra, al final, un intento por evitar pronunciarse respecto de los objetivos que deben informar una ley de libre competencia.

En efecto, el mencionado artículo señala, escuetamente, que “[l]a presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados” .

c) España

La legislación española (Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia) no explicita ningún objetivo en su articulado. Sin embargo, en el “Preámbulo” de la Ley se establecen orientaciones con una clara prevalencia de la eficiencia económica. Entre éstas cabe mencionar lo siguiente: “[1]a existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad. [...] En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía” .

#### d) Perú

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú (Decreto Legislativo N°1034 de 2008) señala como objetivo único, al igual que la legislación salvadoreña, la eficiencia económica.

En efecto, el artículo 1° de la mencionada Ley, la cual establece su finalidad, dispone que “[1]a presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la

finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores” .

e) Colombia

La Ley N°1340 de 2009, “por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, establece que “[la presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional” . De lo anotado, es posible concluir que la legislación colombiana tiene un modelo que, a este respecto, es similar al chileno.

f) Canadá

De una manera diferente a lo señalado en las legislaciones de las jurisdicciones precedentemente revisadas, la Ley de competencia de 1985 ( “Competition Act” ) establece como objetivo, en su sección 1.1, “defender y fomentar la competencia a fin de promover la eficiencia y adaptabilidad de la economía canadiense, ampliar las oportunidades de participación del Canadá en los mercados mundiales, sin perjuicio de reconocer al mismo tiempo el papel de la competencia extranjera en el país, velar por la pequeña y mediana empresa pueda participar en un pie de igualdad en la economía canadiense, y ofrecer a los consumidores precios competitivos y posibilidades de elección de los productos” .

Como puede apreciarse, la legislación canadiense optó por un diseño legislativo en el cual se señalan múltiples objetivos, los cuales no necesariamente pueden armonizarse unos con otros.

En este capítulo hemos destacado que la noción de competencia en los mercados no es pacífica. Es así como puede resaltarse, en primer lugar, aquel aspecto propio de un concepto de competencia que dice relación con la rivalidad o lucha por la superioridad entre actores de un mercado. Sin embargo, dicha faceta, la cual apunta más a los medios que a los fines, no permite, por sí sola (sin atención a los fines), identificar estados ideales de rivalidad en los mercados. De hecho, el derecho de la competencia no impide algunas formas de cooperación entre empresas.

Dado lo anterior, puede resaltarse, en segundo lugar, que la rivalidad, en tanto medio, debe complementarse con el o los fines a los que se apunta cuando se hace referencia al término competencia. En este último sentido, especial consideración suele hacerse a la eficiencia económica como objetivo, sin perjuicio de la mención de otros valores que, pudiendo ser afines, no son iguales, como lo es el de la libertad económica.

El fin consistente en alcanzar mayores niveles de eficiencia económica a través, en general, de procesos de rivalidad entre los agentes económicos de un mercado, constituye la esencia de los beneficios que se atribuyen a la libre competencia, desde el punto de vista de la ciencia económica. Sin embargo, el mejor aprovechamiento de los recursos económicos propio del logro de mayores grados de eficiencia económica amerita distinciones desde la perspectiva

de una política y derecho de la competencia. En efecto, no es lo mismo promover el bienestar del consumidor que el bienestar total. Igualmente, el apuntar hacia el logro de mayores niveles de eficiencia dinámica puede provocar un desmedro en cuanto al logro de una eficiencia estática y viceversa. Es decir, aún asumiendo la existencia de mayores niveles de eficiencia económica como finalidad de una política y legislación de competencia, se está en presencia de un término complejo que involucra disyuntivas y tensiones.

En cuanto a la disyuntiva o tensión entre “bienestar del consumidor” y “bienestar total”, es posible constatar que cuando una política de competencia está guiada por el primer tipo de bienestar, ésta estará preocupada por evitar la transferencia de ganancias del consumidor al productor. Dicho de otra manera, de acuerdo al estándar de “bienestar del consumidor”, una conducta sería reprochada si reduce el bienestar de los compradores independiente de su impacto en los vendedores. Por el contrario, si el estándar a seguir es el del “bienestar total”, el criterio de eficiencia útil para efecto de la libre competencia será aquel que permite que en el mercado se genere mayor ganancia económica, sin consideración de si ésta beneficia a los consumidores o a los productores. Bajo este último criterio, la transferencia de ganancias del consumidor al productor no es reprochable en la medida en que exista un incremento en la riqueza o aprovechamiento de recursos de la sociedad.

La segunda disyuntiva o tensión inherente al concepto de eficiencia económica como objetivo a ser satisfecho en el ámbito de la libre competencia es entre el logro de “eficiencias dinámicas” o de “eficiencias estáticas”. Mientras las eficiencias estáticas dicen relación con un particular punto en el tiempo, las eficiencias dinámicas se



relacionan con procesos de innovación que pueden ocurrir a través de determinados períodos de tiempo.

De lo manifestado es posible aseverar que la libre competencia es un concepto complejo, incluso si se concordara en que la eficiencia económica debiera ser la finalidad única o preponderante. Pero no sólo se trata de un concepto complejo, sino también de uno potencialmente conflictivo. En efecto, la libre competencia es un valor u objetivo más de interés público cuya satisfacción puede generar tensiones con otros objetivos de interés público. Estas tensiones hay que transparentarlas, lo cual puede servir para buscar opciones de diseño que, reconociendo la diversidad y potencial conflicto, pueda maximizar en la mayor medida posible los valores en juego.

En definitiva, cuando uno se pregunta acerca de cuál objetivo u objetivos debiera explicitar una legislación de libre competencia existen diferentes opciones de diseño. Existen legislaciones, como la canadiense, que establece que su normativa tiene como finalidad la satisfacción de múltiples objetivos. Otras legislaciones reconocen como objetivo único la eficiencia económica. Tal es el caso de la legislación de El Salvador y de Perú. Existen, también, modelos legislativos que de manera un tanto tautológica señalan que el objetivo de una ley de libre competencia es la protección de la libre competencia en los mercados. El anterior es el caso, por ejemplo, de Chile y Colombia. Finalmente, hay legislaciones, como la española, que no explicita en su articulado objetivo alguno, sin perjuicio de mencionar ciertos fundamentos orientadores en el preámbulo de la misma.

Cuando en una legislación se explicitan objetivos múltiples el riesgo de tensión o discrepancia entre éstos

puede ser importante y la armonización no siempre será posible. No obstante, aún en aquellos casos en que el único objetivo es el de la eficiencia económica, también existirán, aunque quizá en menor medida, niveles de tensión o fricción. Es posible que una de las eventuales ventajas de establecer la eficiencia económica como el único criterio orientador radique en proporcionar mayor espacio para consideraciones económicas. Esto, sin embargo, no es garantía de orientación segura, toda vez que la ciencia económica suele evolucionar en su apreciación de temas de libre competencia.

Las dificultades de establecer objetivos como guía orientadora a quienes están llamados a adoptar las decisiones para los casos concretos puede llevar a que simplemente no se indique objetivo alguno o, lo que es similar, que se señale a la protección o promoción de la libre competencia como finalidad.

En último término, no debiera olvidarse que quienes están llamados a aplicar la ley a los casos concretos no viven en una burbuja ajena a la política, a la ideología económica o a consideraciones de interés privado, tópicos que serán tratados en el próximo capítulo. Esto permite sugerir que el diseño legislativo en cuanto a los objetivos que deben inspirar una legislación de libre competencia tiene una importancia menor.

## CAPÍTULO 2

### IMPORTANCIA DE LA INFLUENCIA DEL ENTORNO PARA LA EXISTENCIA, EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO SOBRE LIBRE COMPETENCIA

No es inocuo para la existencia de una legislación de libre competencia y, por consiguiente, para la ejecución y cumplimiento de una existente, el entorno ideológico y la interacción de los diferentes intereses privados en juego. La influencia de las ideas puede limitar o promover el valor de la competencia. Igualmente, la influencia de los intereses privados puede ser determinante para el éxito o fracaso de una política de competencia y de una legislación de libre competencia. Ilustrar y entender cómo irrumpen y actúan los mencionados factores de influencia será el objeto del presente acápite.

En el actual capítulo, se intentará explicar la influencia del ambiente ideológico en la configuración general de una legislación de libre competencia. Junto con aludir a al caso de Israel, se ilustrará el poder de las ideas en el cambio económico pro-competencia que tuvo lugar en Chile. Se explicará que dicho cambio pro-competencia vino a remplazar otra importante fuerza ideológica anterior favorable a la protección de los mercados y hostil a la competencia internacional, como aquella conocida bajo el nombre de Teoría de la Dependencia. Luego de los ejemplos que dan cuenta de la influencia que puede tener la ideología en la configuración de un entorno más o menos afín a la competencia, se sintetizarán las explicaciones teóricas de cómo puede una determinada ideología ser sustituida por otra. En seguida, se estudiarán las circunstancias que los diferentes actores de la sociedad,

en la búsqueda de la satisfacción de su interés privado, pueden aprovechar para moldear un entorno favorable a ellos y, muchas veces contrario al interés público. Lo anterior se complementará con el examen del sustento teórico que permite entender el origen de un entorno regulatorio desde la perspectiva del interés público y privado, además de la influencia de las ideas y de las instituciones.

### 1.- ¿Cuánto influye el entorno ideológico y los intereses de los actores en el efectivo cumplimiento de una legislación de libre competencia?

El ambiente ideológico de un país, influye en la disposición de los regulados a cumplir con una legislación, como, por ejemplo, una de libre competencia. De la misma manera, el entorno regulatorio más específico tiene, desde una perspectiva más cercana, influencia en el actuar de los regulados. De hecho, toda regulación, en general, busca modificar (o estimular) el comportamiento de los regulados. Por último, en esta interrelación entre entorno cultural, entorno regulatorio y entidades reguladas, cabe destacar que el ambiente ideológico general influye, a su vez, en la existencia y forma de una regulación.

#### 1.1. El poder de las ideas y política de competencia

Posiblemente constituiría una falta desestimar la fuerza de las ideas como elemento explicativo de fenómenos sociales y de políticas públicas, entre ellas la libre competencia. Una atenta mirada a la historia no permite desechar la advertencia contenida en la alusión hecha por Isaiah Berlin al inicio de su famoso ensayo de 1958 “Two Concepts of Liberty” : “Hace

más de cien años, el poeta alemán Heine advirtió a los franceses no subestimar el poder de las ideas: conceptos filosóficos alimentados en la tranquilidad de la oficina de un profesor podrían destruir una civilización” .<sup>36</sup> Más allá del grado de exageración que pudiere contener la afirmación precedente, resulta sensato asumir que la fuerza de las ideas o, si se quiere, la ideología, puede ser un factor causal poderoso a la hora de explicar la existencia o no de una legislación e institucionalidad de libre competencia en un país, así como el grado de efectividad en la aplicación de ésta.

La influencia de las ideas y su relación con la libre competencia es confirmada de manera muy clara por Michal S. Gal (2003, p.5), quien afirma que “las experiencias de muchas jurisdicciones indican que la ideología socio-económica de un país tiene un importante rol que jugar en moldear el paisaje [en el cual está inmersa la libre competencia]. Sin el respaldo de una creencia en las reformas de mercado, la legislación de libre competencia, por sí solo, tiene un efecto muy limitado en condiciones de mercado que pueden ser cambiantes. Tal respaldo no debiera ser sólo teórico, sino que también debiera manifestarse en otros instrumentos de política pública que sirvan para crear un ambiente competitivo para inducir e incrementar los esfuerzos de actores privados para alcanzar y mantener competitividad. Por consiguiente, para que la legislación de libre competencia sea un disuasorio efectivo de comportamientos privados anticompetitivos, se requiere un cambio real en la ideología socio-económica que subyazca a las políticas públicas.” .

---

<sup>36</sup> La publicación de dicho artículo puede verse en Berlin (1997, p.191).

De hecho, existen países en los cuales ha habido una legislación de libre competencia que, sin embargo, no ha sido aplicada o lo ha sido insuficientemente por ausencia de apoyo gubernamental, reflejo, a su vez, de la prevaleciente ideología socio-económica existente. Gal (2003, pp.3-4) da el ejemplo de Israel, cuya legislación de libre competencia data de 1959, pero que sólo a mediados de la década de los ochenta pudo florecer. Gal sostiene que la legislación de libre competencia comenzó a tener un efecto significativo en la economía israelí cuando el gobierno de Israel cambió su ideología socio-económica hacia una orientada hacia el libre mercado. Dicha aproximación pro-competitiva resultó, según la autora, en una disminución de las barreras gubernamentales hacia la libre operación de los mercados y la implementación de planes de privatización y liberalización del comercio para asegurar que la competencia fuera la principal fuerza impulsora de la mayoría de los mercados israelitas.

Preguntándose por las lecciones a ser aprendidas por la experiencia israelí y que bien podrían ser acogidas por aquellos países en desarrollo que aún no han avanzado suficientemente en materia de competencia, Gal (2003, p.4) sugiere que la legislación de competencia no es capaz de sustentarse por sí sola y que la política pública e ideología socio-económica prevaleciente son factores determinantes en la aplicación de una política de competencia. Sin la eliminación de barreras gubernamentales a la competencia y un real cambio en las políticas públicas no es posible crear una cancha pareja en la cual las empresas puedan invertir y competir efectivamente. La autora insiste en que resulta imperativo para que una legislación de libre competencia sea efectivamente implementada, la existencia de una verdadera y consistente política que acepte los principios de la

competencia en todas sus esferas: el poder judicial, el gobierno y el parlamento.<sup>37</sup>

El cambio en la ideología socio-económica ocurrida en Israel fue un reflejo de un cambio de paradigma global, el cual tuvo sus primeros artífices en la política económica llevada a cabo por M. Thatcher y R. Reagan. Incluso un poco antes (a mediados de la década de los setenta), en un país pequeño y en vías de desarrollo, como Chile, este cambio de orientación, fruto fundamentalmente de la fuerza de las ideas, se hizo muy patente.<sup>38</sup>

#### a) Ideas y cambio de orientación socio-económica en Chile

Las reformas microeconómicas llevadas a cabo en Chile entre 1973 y 1981 son adecuadamente sintetizadas por Galetovic (1998, pp.133-134), quien describiendo la situación previa a las reformas emprendidas explica que “[c]uando los militares derrocaron al gobierno de Salvador Allende en 1973, Chile era una de las economías más cerradas y reguladas del mundo. Tarifas altas, tipos de cambio múltiples y restricciones

---

<sup>37</sup> Resaltando la importancia del sustento institucional de países pequeños y en vías de desarrollo, Marcos (2006, pp.10-11) concluye que si éstos no poseen instituciones sólidas la adopción de una política de competencia puede ser contraproducente. Dicho autor sostiene que si el Estado de Derecho y el sistema legal es débil e impredecible, incorporar una legislación de competencia conducirá, probablemente, a mayor confusión e incertidumbre en el clima de negocios. El autor manifiesta que el mismo razonamiento es aplicable en caso que los órganos del Estado y las instituciones no estén preparadas, sean lentas o corruptas. Para los países pequeños o en vías de desarrollo que aún no cuentan con una legislación de libre competencia, el desarrollo institucional y la gradualidad en la implementación de una legislación de libre competencia parece ser lo apropiado.

<sup>38</sup> Ver a Fontaine (1993).

cuantitativas caracterizaban el comercio internacional; más de 3 mil precios se fijaban por vía administrativa, y el Estado controlaba más de quinientas empresas y casi toda la banca. La intervención estatal no sólo era generalizada, sino también discrecional, pues casi todas las actividades económicas estaban reguladas por incontables normas especiales que restringían la entrada y la competencia, regulaban su ejercicio y buscaban favorecer a algún grupo o personal. Así, por ejemplo, existían más de 5 mil posiciones arancelarias distintas, y la importación de la mayoría de los bienes debía ser autorizada previamente por la burocracia; la entrada a la mayoría de las profesiones y actividades comerciales estaba restringida, y su ejercicio, regulado; el sistema tributario había llegado al punto de que la ley general casi no se aplicaba. La política microeconómica adoptada desde fines de 1973, revirtió drásticamente este sesgo intervencionista y se construyó a partir de dos premisas: primero, en la mayoría de los casos el sector privado asigna eficientemente los recursos si se deja funcionar libremente a los mercados. Segundo, por regla general el Estado debe limitarse a definir derechos de propiedad, fijar reglas impersonales que no discriminen entre personas y sectores y hacer sólo aquello que el sector privado no pueda hacer (principio de subsidiariedad)” .<sup>39</sup>

Sin duda que lo ocurrido en Chile en materia económica resulta extraño si se tiene presente que la ideología imperante en los regímenes militares de la época era la

---

<sup>39</sup> Los dos principios anotados, según Galetovic (1998), se plasmaron en una serie de reformas específicas, tales como la liberalización de precios (más de tres mil); la dictación en 1973 de una nueva legislación de libre competencia, así como la eliminación de numerosas regulaciones que restringían y regulaban la entrada y el ejercicio de muchas actividades; la privatización y reforma de empresas del Estado; etc.



contraria de aquella que se instauró.<sup>40</sup> Varios factores causales pueden, eventualmente, explicar tal situación, sin embargo, no puede desatenderse a la influencia del poder de las ideas, lo cual también se dice haber influido en la implementación de la reforma económica pro-mercado llevada a cabo por Reagan.

De hecho, en el caso norteamericano, la política de liberalización, privatización y desregulación llevada a cabo en la presidencia de Reagan es mejor explicada, en palabras de Derthick y Quirk (1985), atribuyéndolo al “poder de las ideas”. En el mismo sentido, Harris y Milkis (1996, p.18) han sostenido que “nosotros debiéramos apreciar las ideas e instituciones subyacentes si hemos de entender la desregulación resultante de la revolución de Reagan”.

b) Política de sustitución de importaciones y de la competencia internacional: una ideología socio-económica sustituida

La fuerza e importancia de las ideas para la existencia y desarrollo de políticas de competencia, como se ha comentado, parece ser real. Lo que resulta interesante es que estas nuevas ideas suelen reemplazar ideas económicas no amigables con la libre competencia. Es decir, bajo un cierto nivel de análisis, es posible apreciar cómo ideologías adversas a políticas de competencia pueden surgir para luego ser desplazadas por otras ideologías que contienen una aproximación diferente desde la perspectiva de la competencia y apertura de los mercados. A continuación, a modo

---

<sup>40</sup> Fontaine (1993).

ilustrativo, se sintetizará lo ocurrido con la política de sustitución de importaciones.

Una ideología que imperó durante mucho tiempo en el mundo, particularmente desde mediados del siglo pasado, fue aquella de corte más proteccionista conocida más popularmente como política de sustitución de importaciones, la cual no resultaba afín a políticas de competencia y apertura al comercio internacional. A continuación se describirán los fundamentos ideológicos de dicha política económica desde el punto de vista de la Teoría de la Dependencia, de origen latinoamericano, y popularizada a través de las opiniones de la Cepal (Comisión Económica para América Latina, de las Naciones Unidas), dirigida por el economista Raúl Prebisch, y por Fernando Henrique Cardoso con su influyente libro “Dependencia y Desarrollo Económico en América Latina” (1969).

Esta Teoría de la Dependencia es una variación aplicada de la teoría marxista la cual intenta explicar el proceso de formación del capital que da origen a las inversiones y al crecimiento económico en las sociedades capitalistas. En la explicación que a este respecto nos ofrece Grondona (2000, p.64), se destaca la idea marxista de que aquel sobrante de lo que los asalariados producen pero no reciben, llamado plusvalía, queda en manos de los patrones, lo cual le permite a estos últimos a acumular, invertir y crecer, y, al final, constituirse en fuente de injusticia social.

La Teoría de la Dependencia aplicó la doctrina de la plusvalía de una relación de producción interna entre patrones y trabajadores a una de carácter internacional en la que los sujetos activo y pasivo de la acumulación e injusticia ya no son las clases sociales sino las naciones: las desarrolladas (o centrales) y las subdesarrolladas (o periféricas). Así, el

clasismo de Marx fue sustituido por el nacionalismo económico del Tercer Mundo. Igualmente, así como los patrones acumulan los recursos necesarios para el desarrollo económico a costa de los trabajadores por medio de los salarios, el instrumento que permitía a las naciones ricas acumular recursos a costa de las pobres son los términos de intercambio del comercio internacional. En efecto, mientras los precios de los bienes industriales tienden a subir, los precios de las materias primas tienden a bajar. El deterioro de los términos de intercambio se produciría a través de un proceso en que los países subdesarrollados o periféricos van necesitando cada vez más toneladas de sus productos tradicionales para solventar cada vez menos toneladas de productos industriales provenientes o importados de los países desarrollados o centrales.<sup>41</sup>

La Teoría de la Dependencia, como lo comenta Grondona (2000, pp.68-69), sugería que “si el vehículo de la explotación es el comercio internacional, hay que negarse a la “división internacional del trabajo” en favor de los países desarrollados que el comercio internacional implica, al asignar a unos países el papel dominante de proveedores de bienes manufacturados y a otros países el papel subordinado de proveedores de materias primas. [...] Nació así la idea de “sustituir importaciones” mediante la promoción de industrias locales protegidas pero no competitivas en el nivel internacional. Las empresas multinacionales respondieron a la protección radicando sus industrias en los países protegidos, vendiéndoles desde adentro productos peores y más caros que los que antes les vendían desde afuera; esas radicaciones, además, lejos de ahorrar divisas agravaron la crisis de la balanza de pagos de los países latinoamericanos al requerir

---

<sup>41</sup> Grondona (2000), pp.66-67

ingentes insumos y regalías de origen externo y multiplicar la remisión de utilidades al exterior.” .

Independiente del atractivo y de los eventuales aciertos de esta Teoría de la Dependencia como mecanismo de interpretación histórico, dicha tesis resultó superada. Sintomático resulta la experiencia de Fernando Henrique Cardoso. Este intelectual, devenido muchos años más tarde en político y Presidente de Brasil, terminó aplicando (desde el aludido cargo) políticas económicas totalmente opuestas, es decir, políticas pro-mercado y pro-competencia. En efecto, el remedio pareció ser peor que la enfermedad. La ineficiencia de industrias nacionales protegidas de la competencia externa e interna, no sólo derivó en subsidios públicos a éstas, sino que elevaban los precios, agravando el problema inflacionario. De hecho, el incremento de los precios internos terminó limitando el acceso a bienes industriales (por ejemplo, automóviles) a las clases más acomodadas, convirtiéndose así, paradójicamente, en un instrumento “oligárquico” .<sup>42</sup>

c) El poder de las ideas como fuerza de cambio en políticas públicas: síntesis teórica

Una posible explicación de la extinción de políticas económicas proteccionistas no afines a la competencia es que esto sea resultado de cambios en el clima ideológico, tal como se ha insinuado. De hecho, como lo señala John Maynard Keynes (1936, p.383), “[L]as ideas de los economistas y las de los filósofos políticos, tanto cuando son acertadas como cuando son erróneas, son más poderosas de lo que generalmente se cree. De hecho el mundo está gobernado por poco más que

---

<sup>42</sup> Grondona (2000), p.69.

esto... Estoy seguro de que el poder de los intereses creados está notablemente exagerado, comparado con el de la gradual incorporación de las ideas.” .

Las explicaciones basadas en el poder de las ideas, siguiendo a Hood (1994, p.28), pueden responder, básicamente, a dos tipos de aproximaciones teóricas. Una corresponde a aquellas versiones épicas en virtud de las cuales el cambio en el entorno económico se debe al esfuerzo victorioso de economistas y sus simpatizantes.<sup>43</sup> Este tipo de explicación puede verse como un ejemplo de recuento histórico escrito por los vencedores. Bajo ésta aproximación, la preeminencia de tendencias pro-mercado, pro-competencia, liberalizadoras, desreguladoras y privatizadoras tendrían cualidades heroicas, reflejadas en el coraje moral, la fuerza intelectual de los argumentos, o la brillantez táctica de los economistas “triunfadores” .

Una explicación alternativa del cambio global hacia políticas pro-mercado y pro-competencia basado en el poder de las ideas es descrito por Hood (1994 p.24) como la “paradoja del observador” . Esta paradoja hace referencia a la tendencia a la observación científica como mecanismo de cambio del objeto mismo de observación. En concreto, se podría argumentar que aquellas explicaciones acerca de por qué la política económica anterior prevaleció en su momento, fundamentadas en el alineamiento de intereses particulares por parte de políticos y grupos de interés,<sup>44</sup> resultaron derrotadas por ellas mismas desde el momento en que la teoría, crítica de la situación que intenta explicar, deviene en el diseño de

---

<sup>43</sup> Ver a Breyer (1982).

<sup>44</sup> Ver, por ejemplo, las escuelas de Chicago y de la Elección Pública.

políticas opuestas. La propagación de las ideas que explicaban lo que estaba ocurriendo, unido a la difusión y éxito de las sugerencias (de carácter prescriptivo), podrían terminar, bajo esta tesis, por socavar la validez descriptiva de la explicación.

## 1.2. El poder de los intereses particulares: fuerza de cambio y de configuración del entorno de políticas públicas pro-competencia

En las páginas precedentes se ha destacado la importancia de la ideología socio-económica en la configuración de un entorno apropiado para la adopción y aplicación de políticas de competencia. Asimismo, se describió cómo se manifestó el cambio de paradigma en políticas públicas pro-mercado y pro-competencia en un país emblemático a este respecto como Chile. Con posterioridad, se contrastó el modelo de libre mercado con aquel de carácter más proteccionista de sustitución de importaciones, resaltando, a este último respecto, la ideología que sustentó una de sus características: la protección nacional frente a la competencia externa. Se indagó, igualmente, en las explicaciones que pueden permitir entender la preeminencia de una ideología por sobre otra y, en último término, el cambio de una política pública por otra. Sobre el particular se destacó el poder de las ideas como factor de cambio en el hábitat político económico de un país, sin descartar la influencia general de las instituciones. En lo que sigue, se analizará la influencia que los intereses particulares de diferentes actores de la sociedad pueden ejercer, más allá de las ideas, en la configuración más específica de un entorno más o menos proclive a la libre competencia.

La primera idea que vale tener presente es que el entorno ideológico es condición necesaria, pero no suficiente para la adopción (e implementación) de una legislación e institucionalidad específica de libre competencia. En otras palabras, el entorno ideológico no garantiza la adopción y ejecución de una legislación de libre competencia.

La realidad muestra que, muchas veces, aquellos que tienen el poder para tomar las decisiones a nivel de políticas públicas no siempre tienen las motivaciones para adoptar las determinaciones más favorables para el bienestar de la sociedad. En efecto, pueden existir poderosas fuerzas y presiones provenientes de grupos de interés particulares, así como de actores políticos que pueden afectar los incentivos para la adopción de una legislación de libre competencia.

La adopción o no de una legislación de libre competencia, a pesar de sus beneficios, puede llegar a encontrar resistencia de varios grupos de la sociedad, quienes pueden aspirar a mantener sus privilegios o favorables espacios de protección frente a la competencia.

Mientras mayor sea el beneficio que les reporte el “statu quo” anticompetitivo o, derechamente, la adopción de nuevas medidas proteccionistas, mayor será la motivación de ciertos grupos de interés para capturar a los órganos de decisión colectiva (entre otros actores con poder de decisión) para la formulación y aplicación de regulaciones favorables a éstos o para la no formulación y aplicación de regulaciones que les puedan ser desfavorables a sus intereses.

En el ámbito de la libre competencia estos privilegios pueden adoptar, por ejemplo, la forma de monopolios legales o de subvenciones estatales. Igualmente, la formulación de medidas regulatorias puede, bajo la apariencia de un beneficio

al interés público, restringir la entrada a ciertos sectores o establecer requisitos diferenciados que coloquen a competidores en una situación de desventaja competitiva. De una manera más sutil, puede que en la aplicación de la legislación de libre competencia la ponderación de objetivos de interés público distintos a la libre competencia prevalezcan por sobre este último, como puede ocurrir en el examen de fusiones y adquisiciones o en la aplicación limitada de la legislación general de libre competencia en sectores regulados. Incluso, además de la posibilidad de que, derechamente, no exista una legislación o institucionalidad específica de libre competencia, podría ocurrir, por ejemplo, que se perjudique severamente la posibilidad de que la ley se pueda hacer cumplir debido a la pobre asignación de recursos presupuestarios a la institución encargada de su aplicación.

Se dijo más atrás que la influencia de distintos grupos de interés o presión de la sociedad podía perjudicar severamente la adopción y aplicación de una política de competencia en general o de una legislación de libre competencia en particular. No obstante, hay que tener presente que la participación de grupos intermedios de la sociedad no es necesariamente algo negativo. De hecho, cuando Alexis De Tocqueville visitó los Estados Unidos en el siglo XIX, quedó impresionado con el entusiasmo que presentaban los americanos por formar e integrar asociaciones. Esto, creía él, diseminaba el poder lejos del centro y fomentaba que emergieran hábitos democráticos y una sociedad civil.<sup>45</sup>

No obstante las bondades que puede generar la participación de diferentes sectores de la sociedad y la especie de competencia entre éstos por expresar e intentar

---

<sup>45</sup> Ver a De Tocqueville (2005).



llevar adelante sus idearios y pretensiones, el problema es que no siempre se participa en igualdad de condiciones y, por lo tanto, no siempre existe lo que podría denominarse igualdad de influencia. En efecto, muchas veces el tipo de tema y el número y grado de homogeneidad de los intereses influyen en la formación de los grupos de interés o presión. Algunos serán bien organizados, informados y financiados. Otros lo contrario.

La situación precedentemente descrita fue denunciada por Mancur Olson, en un libro publicado en 1965 llamado “La Lógica de la Acción Colectiva”. Este libro se refirió a la idea tradicional que establecía que la salud de la democracia estaba basada en la competencia vigorosa entre los grupos de presión, donde la actuación del gobierno debía ser la de una especie de árbitro que escoge entre la mejor política una vez terminado el debate entre los grupos de interés. Olson argumenta que la visión tradicional asume erróneamente que los grupos de presión son más o menos iguales, cuando en realidad, a causa del problema de los “free-riders” o parásitos, no lo son.<sup>46</sup>

Lo manifestado precedentemente puede explicarse con el ejemplo siguiente: hay una asociación gremial de productores (grupo de presión) que quiere hacer lobby para lograr beneficios a través de regulaciones ventajosas para ellos. Si tienen éxito, cada uno tendrá acceso a un porcentaje de las ganancias que la gestión irroque. Esto hace que la inversión de cada compañía en tiempo y dinero (a través de la asociación gremial), valga el esfuerzo. Si los productores tienen éxito, los consumidores sufrirán, pero lograr que estos usuarios se organicen para luchar por sus intereses es aún más difícil.

---

<sup>46</sup> Olson (1965).

En efecto, esto último involucra coordinar a miles de personas en que la potencial ganancia para cada consumidor es relativamente baja. Los consumidores, individualmente, estarán tentados a pensar que, como miles de otras personas estarán involucradas, no necesitan hacer nada ellos mismos y podrán aprovecharse de los esfuerzos en que incurran todos los demás, logrando ventajas sin que implique un costo para ellos, convirtiéndose, de esta manera en “free-riders” o parásitos.

Intentando visualizar en qué circunstancias es más o menos probable que los grupos de interés “buscadores de rentas” obtengan una política pública o regulación favorable, Wilson (1980) distinguió cuatro situaciones según el grado de concentración y dispersión de los beneficios y costos de la regulación, tal como se aprecia del cuadro o figura siguiente:

Cuadro N°1: Matriz sobre los costos y beneficios de la regulación según su grado de concentración o dispersión.

		COSTOS DE LA REGULACIÓN	
BENEFICIOS DE LA REGULACIÓN		CONCENTRADOS	DISPERSOS
	CONCENTRADOS	Grupos de interés activos en ambos lados	Gran actividad de grupos de interés y sin oposición efectiva
	DISPERSOS	Grupos de interés opuestos a perder beneficios	

Fuente: adaptación de Wilson (1980)

La figura precedente muestra que mientras más concentrados en sectores específicos (con intereses homogéneos y bien organizados) sean los costos o beneficios que puedan derivar de una determinada política pública o regulación, mayor será la movilización de estos grupos de presión específicos para: (i) evitar iniciativas que impliquen desventajas para ellos o (ii) influir en búsqueda de ventajas. A su vez, se muestra que los incentivos de estos grupos para movilizarse y actuar en pos de sus objetivos particulares específicos resultan incrementados cuando la eventual oposición de otros sectores de la sociedad es débil, lo cual ocurre cuando los costos o los beneficios están dispersos, es decir, cuando afectan a sectores amplios o no específicos carentes de adecuada organización para contrarrestar la influencia de sus “opositores”.

El problema de la desigualdad de influencia puede resultar una realidad en el ámbito de la libre competencia. En efecto, los consumidores (incluyendo a las pequeñas empresas), beneficiarios de la aplicación efectiva de una legislación de libre competencia, son sectores muy amplios o no específicos de la población, los cuales deben lidiar, en términos de influencia, con múltiples sectores económicos e industrias que pueden verse afectadas con la adopción y aplicación de una legislación de libre competencia.

La realidad anterior puede verse agravada por el inherente horizonte de largo plazo de las legislaciones de libre competencia. Como lo sintetiza Gal (2003, p.8), muchos políticos profesionales que están expuestos a frecuentes elecciones populares están preocupados principalmente por su sobrevivencia personal y por lograr una carrera ascendente.

Esto implica que ellos tienen la inherente tendencia a considerar en menor medida todos aquellos eventos que ocurran más allá de su horizonte de tiempo personal. De hecho, ellos tenderán a priorizar iniciativas que reditúen en el corto plazo.

Y más compleja aún puede ser la situación en países en vías de desarrollo o en aquellos de economías más pequeñas, en donde el poder económico tiende a ser más concentrado. Incluso más, en este tipo de países los consumidores suelen tener una baja conciencia acerca de los beneficios de la existencia y aplicación de una legislación de libre competencia, no constituyendo, por ende, una fuerza de respaldo efectiva para la promoción de la competencia. En este sentido, la educación de los consumidores, e incluso de las entidades reguladas (incluyendo entidades gubernamentales) puede servir de respaldo para contrarrestar la influencia de sectores contrarios a la competencia. Lo expresado con anterioridad constituye una razón adicional por la cual organizaciones internacionales (como el Banco Mundial, la UNCTAD o la OMC) han ido desplegando esfuerzos para superar los resquemores de origen interno en muchos de estos países.<sup>47</sup>

## **2.- Explicaciones del entorno regulatorio: contraste entre la búsqueda de la satisfacción del interés público y la de intereses privados**

Se ha hecho referencia, con anterioridad, a la influencia de las ideas para la creación de un ambiente pro-competencia. Se ha abordado, también, la política económica y la influencia de los intereses de grupos de presión en la configuración de

---

<sup>47</sup> Sobre este punto ver a Gal (2003), p. 8.

un entorno general pro-competencia y, en definitiva, en la existencia misma de legislaciones de libre competencia.

Lo que se presentará a continuación es una profundización de las bases teóricas de aquellas teorías fundamentadas en el interés público y privado para entender el entorno regulatorio, del cual la regulación de libre competencia forma parte.

Para responder a la interrogante sobre qué explica, en términos generales, el surgimiento y forma de una regulación y, en último término, del entorno regulatorio de un país, uno debe preguntarse por las diferentes causas o teorías de la regulación. La primera teoría que se expondrá será aquella basada en el “interés público”. Luego, se abordarán las teorías fundadas en el interés privado. Lo anterior se hace en el entendido que las ideas o ideologías (y las instituciones) también tienen influencia en la existencia y forma en la orientación de las políticas públicas en general y, por ende, del entorno regulatorio, tal como se ha manifestado precedentemente.

## 2.1. Teoría del interés público

La teoría del interés público o funcionalista de la regulación sostiene que la explicación del origen y forma de la intervención reguladora del Estado en los mercados radica, fundamentalmente, en la existencia de fallas de mercado que ameritan ser solucionadas. Por ejemplo, cuando la economía de mercado opera ineficientemente, como cuando hay problemas por la ausencia de suficiente competencia, entre otras fallas,<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> Las que siguen son tipos habituales mencionados en la literatura de fallas de mercado: la existencia de externalidades negativas (incluido

sería justificable, desde el punto de vista del interés público, la existencia de un determinado marco regulatorio que contemple, en este caso, una legislación de defensa y promoción de la competencia, así como una institucionalidad encargada de su ejecución y cumplimiento.

La teoría del interés público constituye una aproximación normativa donde las justificaciones convergen con las explicaciones del proceso regulatorio. Más aún, esta teoría parte del supuesto que los programas regulatorios están bien inspirados y que las autoridades regulatorias buscan de buena fe la satisfacción del interés público tal como se define en las leyes o reglamentos en que se expresan. De acuerdo a esto, aunque incluso las evidencias empíricas muestren algunos desempeños regulatorios poco alentadores, tal como claramente es posible encontrar en el mundo real, la falla o fracaso tendría su explicación no en motivaciones espurias, sino en un mal manejo de las entidades reguladoras, las cuales, además, serían compelidas a acometer tareas muy difíciles.

No obstante los aspectos convincentes de la teoría funcionalista o del interés público, ésta ha estado sujeta a críticas. Para partir, se ha destacado que la visión benevolente de la regulación gubernamental o estatal en la cual la teoría funcionalista demuestra ingenuidad. En efecto, este tipo de interpretación de la regulación asume “una

---

los problemas derivados de recursos comunes); de bienes públicos; de problemas de información; de problemas de coordinación; de problemas de competencia; etc. Igualmente, suelen mencionarse, también, consideraciones no económicas para la intervención reguladora del Estado en los mercados, tales como: la existencia de distribuciones no queridas (equidad); de rentas excesivas; de situaciones riesgosas derivadas de la racionalidad limitada de los individuos; de aspiraciones, deseos y valores colectivos; etc. Ver a este respecto a Ogus (1994), Breyer (1982), Sunstein (1990) y Mankiw (1998).

visión del gobierno como un desapasionado ‘super-capitalista’ , inspirado solamente por un interés en la viabilidad de largo plazo del sistema de mercado y con mayor capacidad que otros actores de identificar y corregir las debilidades del mercado” .<sup>49</sup>

A mayor abundamiento, la dimensión basada en el interés público, en su versión más tradicional, solamente proveería una base para reconocer las oportunidades en donde los gobiernos debieran intervenir, proporcionando las justificaciones para aquello. Una teoría como la comentada no consideraría la descripción de las consecuencias de los programas regulatorios o la naturaleza del proceso de génesis de las políticas públicas que da lugar a éstos. Declarando la escasa utilidad de la aproximación para explicar el origen (desarrollo y forma) de la intervención reguladora del Estado, Giandoménico Majone (1996, pp.29-30) argumenta que “ el análisis normativo [o de interés público] es irrelevante debido a que los resultados de las políticas depende de factores tales como las reglas del proceso político, los incentivos que enfrentan los diferentes participantes del proceso y la cambiante configuración de poder e intereses en la sociedad, más que en consideración a la eficiencia asignativa o a ideas acerca del interés público” .

De hecho, cabe hacerse preguntas como las siguientes: ¿ Por qué, en un mundo de actores privados egoístas y pecuniariamente interesados, los funcionarios públicos - de entre toda la gente- serían capaces y estarían deseosos de actuar en una manera altruista? ¿ No será más plausible, acaso, mirar la regulación gubernamental como un producto del

---

<sup>49</sup> Hood (1994), pp.20-21.

interés personal de políticos y burócratas, aliados con grupos de interés o presión?

Es cierto que resultaría ingenuo creer que cualquier justificación es susceptible de proporcionar los reales motivos de una intervención regulatoria por parte del Estado. No obstante, sería extraordinariamente radical postular que las razones de interés público declaradas por los reguladores son siempre una ficción. No debiera perderse de vista que una justificación puede ser también una explicación y constituirse en la causa u objetivo final que inspira una política, la cual muchas veces está basada en la buena fe.

El mal resultado de una regulación no puede constituir plena prueba en contra de una aproximación explicativa basada en el interés público, debido a que nadie puede asegurar el éxito de la misma. En definitiva, y tal como Breyer (1982, p.10) sugiere, “es probable que incluso el mejor intencionado de los reguladores encuentre difícil o imposible llevar a cabo una regulación según el mandato legal; [incluso más,] entender los obstáculos en el camino del bien intencionado regulador puede, entonces, ayudar a iluminar, aunque no explicar plenamente, una acción regulatoria”.

Para avanzar en una explicación más plena acerca de qué puede explicar, en términos generales, el surgimiento y forma de una regulación y, en último término, del entorno regulatorio de un país, resulta indispensable recalar en aquellas líneas de pensamiento fundamentales de las denominadas teorías de la regulación basadas en el interés privado y que permiten profundizar las argumentaciones vertidas más atrás respecto del poder de los intereses particulares en la configuración del entorno dentro del cual una legislación de libre competencia existe y se aplica.



## 2.2. Teorías del interés privado

George Stigler, premio Nobel de Economía, sostenía que “ [s]i el interés propio domina a la mayoría de los seres humanos en todas sus transacciones comerciales; ¿por qué no también en todas sus empresas políticas? (...) ¿Calculan los hombres con lógica y objetividad en cuestiones monetarias, pero con confusión y amor en cuestiones electorales?” .<sup>50</sup>

La línea argumental general recién aludida, claramente escéptica de la ocurrencia de acciones humanas y colectivas guiadas por la promoción del bien común por sobre el individual, ha resultado ser muy influyente desde la época de los sesenta y setenta, y su cuna ha sido, fundamentalmente, la escuela de la Elección Pública ( “ Public Choice ” ), identificada claramente con lo que ha pasado a conocerse como la “Escuela de Virginia” ,<sup>51</sup> y la Escuela de Economía de la universidad de Chicago en EE.UU., fuentes de numerosos e importantes trabajos académicos que han dado lugar a una importante cantidad de galardonados con el Premio Nobel de Economía.<sup>52</sup>

Sin embargo, el más conocido de los primeros intentos teóricos por explicar los fenómenos regulatorios desde la perspectiva del interés privado por sobre el público y en el que se invoca el tema de la captura regulatoria fue aquel que se conoce como la teoría del “ciclo de vida” y que forma

---

<sup>50</sup> Stigler (1987), p.55.

<sup>51</sup> En dicha “escuela” se entienden integradas las universidades George Mason, Virginia-Tech y la University of Virginia.

<sup>52</sup> Por nombrar algunos relacionados con el tópico que nos interesa, piénsese en James Buchanan (Escuela de Virginia), y George Stigler y Gary Becker (Escuela de Chicago).

parte de lo también conocido como la “teoría clásica de la captura” .<sup>53</sup> En una publicación de 1955 titulada “Regulating Business by Independent Commission” ,<sup>54</sup> Bernstein plantea que una vez que una autoridad reguladora está recién establecida, ésta tiende a atraer la atención pública y actúa con vigor, pero que cuando la atención pública se desplaza hacia otros temas, dicho respaldo público comienza a declinar y la agencia reguladora queda vulnerable a la dominación por los intereses de los regulados.

La noción de captura introducida por estas aproximaciones teóricas tempranas (en las cuales destaca la aludida precedentemente) y que fueron elaboradas principalmente por cientistas políticos, suponían, en términos generales, que con el transcurso del tiempo la regulación terminaría por servir los intereses de aquel segmento de la industria involucrado. Se asumía, a modo ilustrativo, que ante un mal uso de la posición económica de poder por parte del segmento de la industria correspondiente, los legisladores la sujetaban, inicialmente, a niveles de regulación más exigentes. Con el transcurso del tiempo aparecían otras prioridades políticas en la agenda pública y el monitoreo de los entes reguladores por parte de los legisladores se iba relajando. Ante esto, la autoridad reguladora tendía a evitar los conflictos con la compañía regulada, respecto de la cual tenía cierta

---

<sup>53</sup> En estricto rigor, esta teoría de la captura mezcla una visión funcionalista o de interés público (particularmente al principio del ciclo de vida de las entidades reguladoras), para luego dar lugar a una preeminencia del interés privado una vez capturadas o pervertidas. Debe, tenerse presente que la teoría económica de la regulación (incluidas sus diferentes variaciones) popularizada por Stigler, Peltzman y otros, fue conocida, también, como Teoría de la Captura.

<sup>54</sup> Bernstein (1955). Posner (1974, p.341) agrupa la contribución de Bernstein dentro de lo que él considera la versión de los cientistas políticos acerca de la captura.

dependencia en términos de información, además de la eventual oportunidad laboral que para los reguladores significaban las empresas bajo su fiscalización. Esto último daba lugar, en el tiempo, a que las entidades reguladoras terminaran sensibilizándose y representando los intereses de la industria bajo su vigilancia.<sup>55</sup>

La teoría de la captura, sin embargo, daba lugar a muchas interrogantes sin contestar. Por ejemplo, cabía preguntarse por qué debieran sólo las agencias reguladoras constituir el objetivo y sucumbir, consiguientemente, a la captura. ¿Si un grupo de interés es lo suficientemente poderoso como para pervertir una agencia, por qué no vuelca, entonces, su atención hacia los políticos intentando, de esta manera, influenciar la regulación?<sup>56</sup>

No obstante los intentos teóricos anteriores, fue en el marco de la llamada “Teoría Económica de la Regulación”, propuesta y desarrollada, principalmente, en el seno de la Escuela de Chicago<sup>57</sup> (a lo que es posible agregar la aproximación de la Escuela de Virginia, dentro del marco de lo

---

<sup>55</sup> La literatura fue describiendo varios medios o instancias hipotéticas utilizadas para influenciar el actuar del ente regulador, entre los que se mencionan los siguientes: (i) la información requerida por la entidad reguladora puede ser obtenida sólo de las industrias reguladas (asimetría de información); (ii) la carencia de especialización en los tópicos puede dar lugar a que la agencia reguladora tenga que reclutar gente de aquellas industrias; y (iii) la industria puede amenazar con costosos y largos recursos judiciales, aunque sea por cosas triviales, evitando ser cooperativa. Ver al respecto a Ogus (1994) y para una reflexión actual de cuándo puede considerarse que un regulador ha sido capturado o no, ver a Levine (1998).

<sup>56</sup> Ver en especial a Posner (1974) pp.341-342. Para una síntesis de las críticas ver a Ogus (1994, p.58) y a Den Hertog (2000, p.236).

<sup>57</sup> Y por lo mismo conocida, también, como “The Chicago Theory of Regulation”.

que se conoce como Teoría de la Elección Pública)<sup>58</sup> donde se dio lugar a un cúmulo de estudios abiertamente críticos de la regulación existente.<sup>59</sup> Esta teoría busca formular una concepción analítica general que permita explicar y predecir las regulaciones e, incluso, como en el caso de la “Elección Pública”, las decisiones colectivas en general. En efecto, se pensaba que el crecimiento de la regulación y sus persistentes fallas no podía deberse a coincidencias ni hechos aislados, sino que debía haber una explicación más convincente que aquellas basadas en el interés público o que aquellas que, aludiendo a la posibilidad de captura, resultaban ser demasiado “tímidas” y restringidas en su ámbito. En otras palabras, lo que se necesitaba, para sus proponentes, no era otra cosa que una teoría general que pudiera explicar cómo los intereses privados operan en el dominio público.<sup>60</sup>

Es aquí, como se dijo, cuando emergen los economistas y su Teoría Económica de la Regulación, así como, la Teoría de la Elección Pública, las cuales critican una supuesta visión bifurcada del comportamiento humano que, a modo ilustrativo, asuma que “los individuos que entran a un supermercado y compran la mercadería que han elegido, cuando entran a la cámara de votación lo hacen no por los políticos y leyes que los beneficiarán, sino por las políticas y leyes que beneficiarán a la nación en su conjunto”.<sup>61</sup> Para estos

---

<sup>58</sup> Con un distinto nivel de identificación, es posible incluir a ambas escuelas dentro de la corriente de pensamiento que se conoce como Elección Pública.

<sup>59</sup> A este respecto, la “Journal of Law and Economics” editada por la Universidad de Chicago tuvo un rol significativo.

<sup>60</sup> Ogus (1994), p. 58.

<sup>61</sup> Tullock, Seldon y Brady (2002), p. 5.

teóricos, aquel votante que sufraga en la cámara de votación es la misma persona que aquel cliente de supermercado.

De acuerdo a la Teoría Económica de la Regulación, habría un mercado por la regulación, toda vez que la existencia y forma de la regulación puede ser predicha como respuesta por los políticos a las demandas de los grupos de interés, quienes se verán, en definitiva, beneficiados por las medidas regulatorias por ellos buscadas. Dada las ventajas de la homogeneidad de intereses y los relativamente bajos costos de organización, las agrupaciones de productores (o empresariales) serán capaces de ejercer más influencia que aquellos que representan a los consumidores o ideologías.<sup>62</sup> Por consiguiente, y en palabras de Stigler, el precursor de la mencionada teoría, “la tesis central es que, como regla, la regulación es adquirida por la industria y es diseñada y operada primeramente para su beneficio”.<sup>63</sup>

Evidentemente, esta teoría busca proporcionar una explicación no sólo para aquellas regulaciones que decididamente confieren beneficios a los productores (por ejemplo, por medio de subsidios monetarios), sino también para medidas que ostensiblemente protegen intereses más

---

<sup>62</sup> Aquí Stigler basó su argumentación en el trabajo de Olson (1965) quien, como ya se expresara más atrás, intenta explicar por qué algunos grupos son capaces de ejercer mayor influencia que otros respecto de las políticas de gobierno. Olson señala que mientras más bajos sean los costos de transacción y los problemas relacionados con los “free-riders” o polizontes, más eficientes serán los grupos de interés en alcanzar sus objetivos, algo que es más fácil que ocurra con aquellas organizaciones más pequeñas y con intereses más homogéneos.

<sup>63</sup> Stigler (1971), p.1. Cabe hacer notar que destacados exponentes de la Escuela de Chicago han desarrollado variaciones más o menos significativas al planteamiento inicial de Stigler. Entre los trabajos trascendentales en esta línea se encuentran el de Peltzman (1976) y Becker (1983).

generalizados, como la protección de los consumidores o el medio ambiente, pero que sirven, en último término, para generar ganancias para las industrias o compañías que son reguladas.<sup>64</sup> A modo ilustrativo, si hubiere medidas que restrinjan la entrada de nuevos participantes o competidores, o hacen más oneroso su desenvolvimiento, éstas conllevarían una ventaja artificial para los entes regulados. Se hizo notar que los mecanismos, muchas veces, eran sutiles y, casi siempre, presentados a la opinión pública bajo un halo de interés público, como ocurría con regulaciones supuestamente protectoras de los consumidores o del medio ambiente.<sup>65</sup>

Con algún matiz en relación a la aproximación sustentada por la Escuela de Chicago (asumiéndose las variaciones entre sus diferentes exponentes), la Escuela de Virginia (más fuertemente asociada a la línea de pensamiento conocida como Elección Pública), adopta una mirada más normativa que predictiva. A lo anterior, se suele destacar un supuesto

---

<sup>64</sup> Ogus (1994), pp. 71-72.

<sup>65</sup> Hay muchos casos en que una medida reguladora puede tener un efecto anticompetitivo. Por ejemplo, supóngase que una legislación prohíbe ciertos procesos productivos sobre la base de sus dañinos efectos contaminantes, pero que para minimizar los costos de aquellos que ya usan tal proceso, la prohibición se aplica sólo a las nuevas plantas productivas. En este caso, claramente la legislación constituiría una barrera a la entrada que, como tal, generaría beneficios para los productores existentes. Una regulación también puede ser anticompetitiva si los costos de cumplir con ella son proporcionalmente superiores para una compañía pequeña que para una grande, como ocurriría si los costos son similares cualquiera que sea el nivel de producción de la industria. Esto último suele ocurrir preferentemente con estándares que especifican, por ejemplo, la tecnología a usar, ya que por efecto de economías de escala, su introducción puede ser más barata para las grandes firmas que para las pequeñas. Ver sobre el particular a Ogus (1994).

mayor énfasis en el tema de la eficiencia, así como en la actuación de los agentes políticos.<sup>66</sup>

No obstante, y más allá de las distinciones susceptibles de hacerse entre uno y otro exponente o una u otra escuela, resulta importante hacer notar el cambio que significó la visión económica de estos temas. Esta aproximación llevó a que los economistas no sólo comenzaran a examinar aquello que era lo típico de su disciplina, cual es el funcionamiento del mercado (es decir, el juego de las preferencias individuales), sino que se abocaran al análisis económico de la política.<sup>67</sup> En lo que se suele describir como una invasión de la ciencia política por los economistas, éstos tratan de explicar o describir cómo las preferencias individuales se reflejan en las decisiones adoptadas por instituciones de decisión colectiva (políticas), y evaluar, normativamente, las consecuencias para el bienestar social. Para esto, ellos asumen que el comportamiento en la arena política no es, en esencia, diferente del comportamiento en el mercado. Los individuos actúan en ambas instancias racionalmente en orden a maximizar su utilidad. Esto significa, por una parte, que los ciudadanos y los grupos de interés usan su poder de voto para extraer de los órganos de decisión colectiva el máximo beneficio para ellos, y, por otra, que los políticos y

---

<sup>66</sup> Ver a Den Hertog (2000, pp.243-244). Para un análisis de las muchas similitudes, así como de algunas diferencias entre la Escuela de Chicago y la de Virginia, véase a Mitchell (2001). Cabe hacer notar, sin embargo, que una de las críticas que se le hace a la aproximación comentada en su insuficiente explicación de los procesos políticos e instituciones.

<sup>67</sup> En este último aspecto ha sido reconocido el influyente trabajo de Anthony Downs (1957) titulado "An Economic Theory of Democracy".

partidos políticos actúan como empresarios que suministran aquellos beneficios a cambio de que voten por ellos.<sup>68</sup>

Uno de las principales ideas de la Teoría de la Elección Pública es que, entre elecciones, las políticas de gobierno se encuentran fuertemente influenciadas por las presiones de los grupos empresariales, lo que se reflejaría en aquella tendencia en virtud de la cual las políticas públicas son afectadas más por los organizados productores o empresarios que por los generalmente desorganizados consumidores. Los grupos empresariales, bajo esta óptica, esperarían altos retornos de sus labores de lobby debido a que mientras los favores que ellos recibirían del gobierno se concentrarían en sus miembros, los costos se dispersarían suficientemente sobre la comunidad en general. En consecuencia, dado lo anterior, dichos grupos de interés tendrían un incentivo para invertir sustanciales recursos en actividades de lobby.<sup>69</sup>

¿Debemos quedarnos, sin embargo, con las teorías del interés privado como versión final de cómo debiera entenderse el origen, desarrollo y reforma de la intervención reguladora del Estado? ¿Está, acaso, detrás del fracaso de toda regulación la egoísta motivación de los actores en el mercado político o mercado por regulación?

---

<sup>68</sup> Para una aproximación preliminar a la teoría de la elección pública ver, por ejemplo, a Tullock, Seldon y Brady (2002). Para exposiciones más avanzadas ver, entre otros, a Mueller (2003).

<sup>69</sup> En otras palabras, y tal como lo sugiere Self (1993, p.58), “[l]os grupos de interés, los burócratas y los políticos, solos o en combinación, pueden y de hecho manipulan el proceso político por ganancias personales a expensas del bienestar general. Los grupos de interés ganan del desalineamiento entre los beneficios concentrados que ellos buscan y los costos difusos que ellos imponen, y de las ganancias para los políticos o burócratas del mutuo intercambio de favores”.



Sin perjuicio del atractivo de examinar las políticas públicas o regulatorias en base a la preeminencia del interés privado de los diferentes actores en el mercado político o el mercado por la regulación, no parece convincente exagerar su poder predictivo o utilización como herramienta de análisis. Como lo plantea Self (1993), hay hoy mucha evidencia de que el acto de votar no responde necesariamente a los intereses personales de carácter financiero; que las partes persiguen metas distintas que la maximización de votos; que los grupos de interés pueden crecer por otras razones que los incentivos económicos; y que las burocracias no intentan siempre la maximización de sus presupuestos. Como el aludido autor lo advierte, las teorías se equivocan debido a que ellas excluyen o subestiman otros importantes motivos en el comportamiento político, tales como las metas ideológicas y políticas, identificaciones emocionales y prejuicios, además de estándares y restricciones morales. Mirados como modelos exploratorios, estas teorías pueden incrementar el entendimiento de la política, pero explican el comportamiento solamente en contextos muy limitados. De hecho, una de las grandes dificultades que las teorías que, para estos efectos, hemos agrupados bajo la denominación de “Interés Privado”, radica en explicar la ola de desregulaciones y privatizaciones producida a partir de la década del ochenta, fuertemente impulsada en el mundo bajo las presidencias de Reagan y Thatcher en EE.UU. y UK, respectivamente. Y ¿qué decir de lo ocurrido en Chile? ¿Puede entenderse adecuadamente la política económica del régimen militar chileno sólo bajo la óptica de las aludidas teorías? Igualmente, y sin perjuicio de los esfuerzos académicos desplegados para defender la vigencia de las teorías del interés público,<sup>70</sup> cabe destacar

---

<sup>70</sup> Ver a Peltzman (1989).

que así como estas teorías aparecen no del todo cómodas ante el fenómeno desregulatorio, tampoco lo están ante la dirección que ha tomado la regulación social, la cual, en algunas áreas, tal como la protección ambiental, ha devenido en una significativa expansión de controles intervencionistas favorables a los intereses difusos de los consumidores más que a los de los productores.

En síntesis, y siguiendo en esto a Hood (1994), las principales críticas a las teorías del interés privado de la regulación, en especial las relativas a la teoría económica de la regulación y la teoría de la elección pública, radican en lo siguiente: (i) la maximización del interés privado invariablemente se identifica con la riqueza o interés pecuniario, ignorando deseos tales como el altruismo, el prestigio o la ideología; (ii) cuando el modelo que es usado para analizar el comportamiento político es extendido con el fin de reflejar en el término “interés privado” una amplia diversidad de motivaciones, sus predicciones se transforman en tautológicas: ellas explican todo y a la vez nada; (iii) el modelo parte del supuesto que todos los actores se comportan racionalmente ( “homo economicus” ), pero hemos visto que no siempre ocurre eso: valores colectivos o problemas de información pueden llevarnos a actuar de uno modo distinto; (iv) existen numerosos estudios empíricos que sugieren que hay una imperfecta correlación entre aquello que beneficia a los individuos en términos pecuniarios y cómo ellos votan; (v) asimismo, hay estudios que dudan de la supuestamente enorme influencia de los grupos industriales (gremios), habiendo estudios que reflejan que su influencia tiende a ser más pronunciada en aquellos temas de ámbito más técnico, y que sus proposiciones son usualmente consistentes con la ideología del gobierno de turno; y (vi) no es claro cómo estas teorías

pueden ser usadas para explicar la ola de medidas desreguladoras de que se ha sido testigo a partir de la década del ochenta.

¿Y qué se puede decir de las instituciones como elemento formador de las políticas públicas? Para las teorías institucionales, más relevante que los intereses (cuya influencia no se desconoce) son las normas, reglas y arreglos sociales y organizacionales, los que perfilan y dan forma a la regulación. Para Douglas North (2003), las instituciones son “las reglas del juego”, las cuales asumen dos formas: reglas formales, tales como las constituciones, las cuales son útiles para codificar las reglas que rigen el funcionamiento de una sociedad y su economía; y los códigos o reglas informales de comportamiento. En el fondo, la perspectiva institucional plantea que, sin perjuicio de la influencia de los grupos de interés en moldear la política pública, ésta adquiere forma (en términos de formulación y “enforcement”) en parte importante según las características de las instituciones existentes. En otras palabras, el espacio para el ejercicio de políticas públicas generado por las instituciones actúa como marco en el cual juegan diferentes intereses u organizaciones de modo similar, podríamos decir, a como el recipiente le da forma al agua en él contenida.

En fin, la captura del Estado puede ocurrir y los intereses privados pueden prevalecer sobre los públicos, y resulta importante tener dicho fenómeno en consideración al momento de analizar una determinada política pública, dentro de las cuales caben aquellas relacionadas con la libre competencia. Sin embargo, sería un error sobredimensionar su presencia, así como examinar las políticas regulatorias desde esa única perspectiva. El poder de las ideas (al igual que el de las instituciones) puede tener una influencia relevante en

la configuración del entorno y de las características de una determinada regulación de libre competencia.

En definitiva, en este segundo capítulo es posible colegir que el que exista o no en un determinado país una legislación de libre competencia depende, en parte importante, de que haya o no un entorno ideológico favorable y de la especial configuración de intereses particulares que opere en el país de que se trate. Igualmente, las particularidades en el diseño y aplicación de una legislación de libre competencia están influenciadas por los dos elementos recién mencionados. Por ejemplo, el ámbito de aplicación de una legislación de libre competencia puede ser más o menos restringido. En el mismo sentido, el diseño legislativo, fruto de estos dos tipos de influencia, puede contemplar regímenes sancionatorios más o menos severos o la aplicación ser más o menos estricta. Asimismo, las instituciones de libre competencia pueden contar con mayores o menores recursos financieros, humanos y jurídicos, o, por su parte, los regulados pueden tener una mayor o menor predisposición a observar la regulación.

Como se dijo, la primera gran influencia general para la existencia, ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia es aquella derivada de la acción de intereses particulares actuando a favor de su propio beneficio más que en el del interés público. La Teoría Económica de la Regulación, así como la Teoría de la Elección Pública, plantean, con matices menores, que habría un mercado por la regulación cuya existencia y forma puede ser predicha como respuesta de los políticos a las demandas de los grupos de interés, quienes se verán, en último término, beneficiados por las medidas regulatorias por ellos buscadas. Bajo esta

perspectiva, se asume que el comportamiento de los individuos en el ámbito de los negocios no es distinto que su comportamiento en la campo de la política. En ambos casos las personas actuarían movidos por la aspiración a satisfacer su interés particular. Esto significa, por una parte, que los ciudadanos, individualmente u organizados, utilizan su poder de voto para extraer de los órganos de decisión colectiva el máximo beneficio para ellos, y, por otra, que los políticos, individualmente o agrupados en partidos políticos, actúan como empresarios que suministran aquellos beneficios a cambio de que voten por ellos.

Mientras más concentrados en sectores específicos (con intereses homogéneos y bien organizados) sean los costos o beneficios que puedan derivar de una determinada política pública o regulación, mayor será la movilización de estos grupos de presión específicos, como los empresariales, para evitar iniciativas que impliquen desventajas para ellos, como podría ser una legislación de libre competencia que amenace sus posiciones de privilegio. A su vez, los incentivos de estos grupos de presión para movilizarse y actuar procurando la satisfacción de sus objetivos particulares específicos se incrementan cuando la eventual oposición de otros sectores de la sociedad es débil, como es el caso de los consumidores, lo cual ocurre cuando los beneficios o los costos están dispersos, es decir, cuando afectan a sectores amplios o no específicos carentes de adecuada organización para contrarrestar la influencia de los grupos de presión opuestos.

En el ámbito de la libre competencia, los consumidores (incluyendo a las pequeñas empresas), beneficiarios de la aplicación efectiva de una legislación de libre competencia, son sectores muy amplios o no específicos de la población, los cuales deben enfrentarse, en términos de influencia, con

sectores industriales o comerciales que pueden verse afectados con la adopción y aplicación de una legislación de libre competencia. La realidad anterior puede verse agravada por el inherente horizonte de largo plazo de las legislaciones de libre competencia. Y más compleja aún puede ser la situación en países de economías más pequeñas, en donde el poder económico tiende a ser más concentrado y los consumidores suelen tener una baja conciencia acerca de los beneficios de la existencia y aplicación de una legislación de libre competencia, no constituyendo siempre, por consiguiente, una fuerza de respaldo efectiva para la defensa de la competencia.

No obstante la influencia de la acción de los intereses particulares en la existencia o características de una legislación de libre competencia, en este acápite se señaló que la persecución del interés público por parte de los diferentes actores de la sociedad no podía descartarse, lo cual puede, también, ir de la mano con la influencia del poder de las ideas en la configuración de un entorno más o menos proclive a la promoción de la libre competencia en los mercados. Precisamente, ha sido la influencia del pensamiento económico más afín al libre mercado y a la libre competencia una de las fuerzas detrás de la masiva incorporación y aplicación de legislaciones de libre competencia en el mundo. Organismos y redes internacionales han sido un vehículo importante en la difusión de este tipo de ideas.

Así como en épocas pasadas puede haber prevalecido un ambiente e ideología poco afín a la promoción de la competencia, hoy la situación ha cambiado en muchos países, mas aquello no asegura que el péndulo pueda seguir moviéndose hacia entornos adversos. En este capítulo se sintetizaron aproximaciones teóricas que intentan explicar cómo, a pesar de

intereses e ideas proclives a cierto tipo de entorno regulatorio, la prevalencia ideológica puede cambiar.





## CAPÍTULO 3

### DISEÑO INSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: RELACIONES VERTICALES

Este trabajo, analiza las opciones de diseño de un marco jurídico - institucional de libre competencia, lo cual está haciendo referencia un sistema regulatorio que comprende o combina las instituciones o entidades reguladoras, el derecho (lo cual incluye las diferentes herramientas) y los procesos. Cualquier evaluación de la efectividad regulatoria en un ámbito determinado debe examinar el sistema regulatorio en su conjunto y no sólo las características de una autoridad de competencia. En otras palabras, un sistema regulatorio puede definirse como la combinación de instituciones, leyes y procesos que, tomado en su conjunto, le permite al Estado ejercer algún tipo de control sobre el mercado.

Siendo más preciso aún respecto del área objeto de análisis, este estudio se refiere al buen gobierno regulatorio ( “regulatory governance” ) y no a la regulación sustantiva ( “regulatory substance” ). Por buen gobierno regulatorio se está aludiendo al diseño jurídico - institucional y al marco en el cual las decisiones son tomadas. En palabras simples, el buen gobierno regulatorio se refiere, preferentemente, al “ cómo ” de la regulación. Esto envuelve las decisiones respecto de la independencia, así como de la rendición de cuentas y control ( “accountability” ) del regulador; la interrelación entre el regulador y otras entidades con potestad para tomar decisiones en el ámbito de las políticas públicas; la estructura organizacional y los recursos de la entidad reguladora; las herramientas normativas disponibles para hacer cumplir la legislación; etc. Por el contrario, la

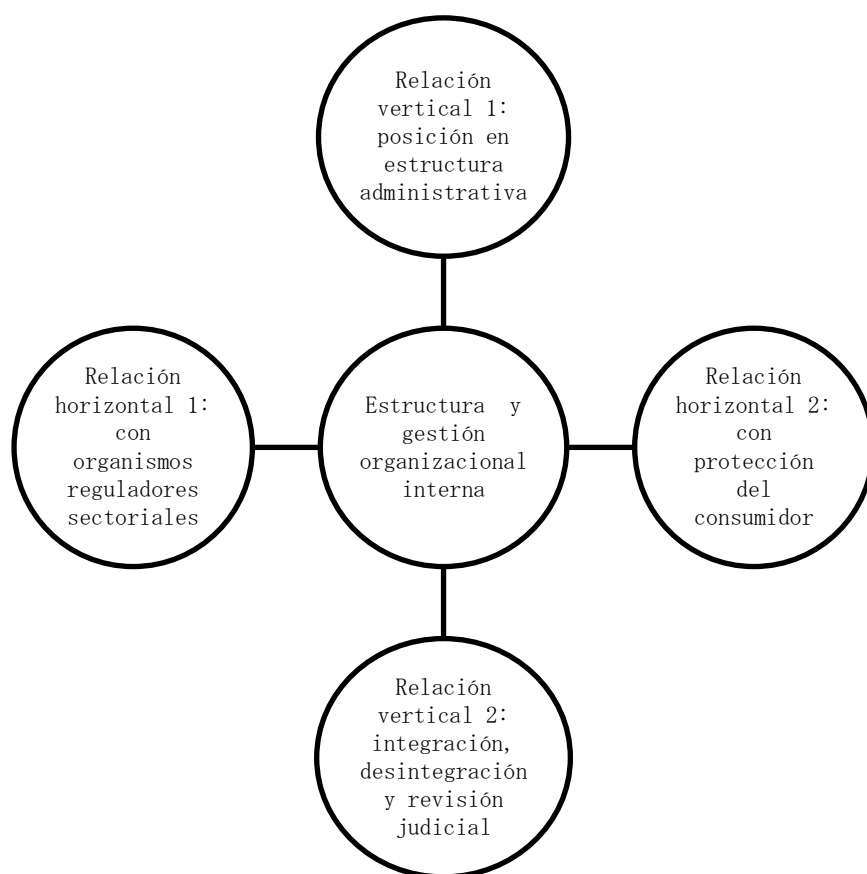
regulación sustantiva, bajo la óptica de este trabajo, dice relación con el contenido y aplicación concreta de la regulación, lo cual, a su vez, está vinculado, fundamentalmente, con las prohibiciones y mandatos establecidos por la ley y las decisiones de aquellas entidades encargadas de su aplicación al caso concreto.

Igualmente, este trabajo está enfocado no en la evaluación de los efectos del sistema regulatorio, sino, como su título sugiere, en los factores que influyen en la ejecución y cumplimiento de una regulación ( “enforcement” en sentido amplio) y en las tendencias y opciones de diseño que permitan analizar los criterios constitutivos de una buena regulación y las tensiones o “trade offs” involucrados.

Dentro del encuadre conceptual recién reseñado, este capítulo se referirá a la posición de la autoridad de competencia según diversas relaciones. Así, pues, se explorará, en primer lugar, el diseño de una autoridad de competencia de acuerdo a su posición en la estructura administrativa superior de un país. En segundo lugar, se explicará la relación, también de carácter vertical, de una autoridad de competencia con algún otro ente administrativo o judicial encargado de adoptar las decisiones frente a un proceso acusatorio, así como la revisión judicial pertinente. En tercer lugar, se analizará la estructura y gestión organizacional interna de una autoridad de competencia. En cuarto lugar, se analizará la relación (de carácter horizontal) de una autoridad de competencia respecto de otras autoridades sectoriales. Finalmente, se abordará, a modo de relación horizontal, la posibilidad de integración de una autoridad de competencia con otra área económica afín como lo es la protección del consumidor. La figura siguiente muestra

gráficamente las áreas pertinentes para el examen del diseño externo e interno de una autoridad de competencia:

Figura N°1: aspectos y relaciones básicas para el estudio institucional y organizacional de una autoridad de libre competencia.



Fuente: elaboración propia.

1.- Relación vertical 1: posición de una autoridad de competencia en la estructura administrativa superior del Estado

En esta sección se analizarán, en primer lugar, las opciones de diseño de una autoridad de competencia de acuerdo

a su ubicación dentro de la estructura administrativa de un país. En segundo lugar, se hará frente a la pregunta de quién designa a la autoridad máxima en el ámbito de la libre competencia y cuáles son los criterios de selección. En seguida, se examinarán las opciones referidas a cuánto dura el mandato de la persona a cargo de la autoridad de competencia. Luego, se abordará la interrogante de cuáles son los criterios de remoción, para, finalmente, analizar el tema de la independencia de una autoridad de competencia.

a) ¿Cuál es el estatus de una autoridad de competencia en la administración pública?

Varias pueden ser las opciones de diseño referidas a la posición de una autoridad de competencia dentro del marco institucional administrativo o gubernamental de un país. La autoridad de competencia, por ejemplo, puede ser independiente, al menos formalmente, del Gobierno. El organismo encargado de la competencia puede, asimismo, ser responsable ante el Gobierno, pero no estar incorporado dentro de algún Ministerio. Por último, y sin perjuicio de modalidades híbridas, la instancia encargada de velar por la libre competencia puede estar incorporada dentro de un Ministerio.

De acuerdo a la encuesta llevada a cabo por la OECD (2003a, p. 3),<sup>71</sup> se pudo establecer que alrededor de un tercio de las autoridades de competencia se consideran a sí mismas

---

<sup>71</sup> Esta encuesta no puede considerarse generalizadamente representativa, debido a que sólo treinta y siete países la respondieron. No obstante lo anterior, la encuesta proporciona una fotografía global de las diferentes aproximaciones de diseño, las cuales resultan extraordinariamente disímiles, de acuerdo a la misma OECD (2003a, p. 6).

como independientes del gobierno. Asimismo, se pudo advertir que cerca de un 45% de las entidades de competencia se encuentran incorporadas dentro de un ministerio. Por último, fue posible apreciar que la quinta parte restante de los países que respondieron el cuestionario no son parte de ministerio alguno, pero, sin embargo, igual ellos consideran que deben responder o rendir cuenta al ministerio pertinente.

Evidentemente, la posición de la autoridad de competencia dentro de la estructura administrativa está fuertemente influenciada por quién decide el presupuesto de dicha autoridad; por quién nombra a la cabeza (director, presidente, etc.) de la autoridad de competencia y cuáles son los criterios de selección; por cuáles son los criterios de remoción, y por el grado de autonomía presupuestaria y para el manejo de los recursos humanos.

b) ¿ Quién decide el presupuesto de la autoridad de competencia?

En la encuesta aludida se preguntó acerca de quién o quiénes deciden sobre el presupuesto de la autoridad de competencia. Para tal efecto, se mencionó como alternativas principales las siguientes: el Parlamento (o Asamblea Legislativa), el Gobierno o el Ministro responsable. Igualmente se preguntó como opción la posibilidad de recibir ingresos por parte de las entidades reguladas en la forma de tarifas o, incluso, que las multas que se fijan y cobren vayan a beneficio específico de la autoridad de competencia.

Los resultados encontrados dan cuenta, en primer lugar, que la decisión acerca del presupuesto involucra, a menudo, a varios participantes. El 60% de los participantes en la

encuesta indicaron que el Parlamento estaba involucrado, de lo que se colige que en un número no menor el presupuesto se asigna fuera del poder legislativo, lo cual puede afectar los niveles de autonomía de una autoridad de competencia. Se señala, asimismo, que unas pocas autoridades de competencia no poseen un presupuesto separado y que menos de un quinto de las agencias de competencia reciben ingresos derivados de tarifas de los regulados o de multas cobradas a los infractores.

En lo concerniente a estas dos últimas fuentes de financiamiento, esto es, tarifas cobradas a entidades reguladas y multas cobradas a infractores, se puede sugerir que no son poco problemáticas. En efecto y con respecto a las multas, si la autoridad de competencia tiene potestad sancionatoria, podría existir el incentivo perverso de querer incrementar su presupuesto (algo siempre deseable para cualquier organización) por medio de elevar sesgadamente la utilización de dicha potestad. Asimismo, en el caso de la obtención de financiamiento por la vía de cobrar tarifas a las entidades sujetas a control por parte de la entidad de competencia, esto presenta, en primer lugar, el inconveniente práctico de que los regulados potenciales en materia de libre competencia no son susceptibles de identificación, dado el ámbito general de aplicación de sus normas. Podría llegar a ser factible lo anterior en aquellos casos en que una autoridad de competencia lo sea también de otros sectores regulados con ámbitos de aplicación más reducidos y, por ende, con regulados susceptibles de identificación. Un inconveniente adicional para un sistema de financiamiento que contemple el cobro de tarifas radica en el riesgo de captura del regulador por parte de los regulados, los cuales al tener algún grado de influencia en el financiamiento de la

institución que los controla, puede ejercer algún tipo de poder sobre la misma.

En el caso de Chile, el presupuesto está definido en la Ley de Presupuestos del Sector Público, la cual es aprobada por el Congreso o Parlamento luego de una proposición por parte del Gobierno, la cual, en forma previa, es acordada con la autoridad de competencia sobre la base de convenios o metas de desempeño. Asimismo, se puede decir que el presupuesto tiene un horizonte de tiempo anual, lo cual no es inocuo. En efecto, para el buen funcionamiento de una agencia de competencia razonablemente autónoma resulta esencial contar con cierta seguridad en cuanto a los recursos económicos que puede manejar. Para tal efecto, puede resultar importante tener un presupuesto plurianual.

c) ¿Cuánta independencia se tiene para la contratación de personal?

Para el logro de mayor flexibilidad y autonomía que redunde, en definitiva, en actuaciones más eficaces, eficientes y expertas, ajenas de influencia política indebida, es importante, como se explicó, poder manejar recursos financieros (presupuestarios) suficientes.

Igualmente, es posible argüir que poseer autonomía para contratar libremente al personal de la agencia de competencia puede ser un factor facilitador para su ejercicio efectivo. El contar con personal bien calificado para las labores a realizar, las cuales suelen ser muy desafiantes dado los recursos de los eventuales contradictores, exige que se tenga la flexibilidad para atraerlos y contratarlos. Muchas veces, esa flexibilidad se encuentra severamente disminuida cuando el

personal goza de la inmovilidad relativa que suele garantizarse legalmente a los funcionarios públicos. Si, además de las dificultades para remover personal no apto para las labores, se tiene dificultades para libremente poder contratar personal nuevo, la independencia puede verse seriamente disminuida. En síntesis, “la independencia en materia de personal requiere que los funcionarios del organismo sean empleados por el propio organismo y no por un ministerio de gobierno” .<sup>72</sup>

d) ¿Quién designa al regulador y cuáles son los criterios de selección?

Si se quiere preservar niveles de autonomía de modo de avanzar en la satisfacción de objetivos como el “expertise” o conocimiento técnico, y la eficiencia y eficacia, resulta importante el modo de designación de los reguladores. En Chile, la designación del Fiscal Nacional Económico, quien dirige la autoridad administrativa de competencia, es resorte del Presidente de la República, quien debe elegir un nombre de una nómina presentada, luego de concurso público, por el Consejo de la Alta Dirección Pública (cuyos integrantes tienen una legitimidad de origen más amplia dado la intervención del Senado en su proceso de nombramiento). Precisamente, lo que se busca con la injerencia del Consejo aludido es intentar incrementar las probabilidades de que la autoridad reguladora que se designe sea idónea desde el punto de vista profesional.

La información recabada por OECD (2003, p.3) permite sostener que, en general, este tipo de procedimiento suele incluir varias etapas de recomendación, nominación y

---

<sup>72</sup> UNCTAD (2010), p. 4.



aprobación final. Casi la mitad de las respuestas indican que el Jefe de Estado está involucrado en la designación de la cabeza del organismo de competencia. En tres de los países que respondieron, el Parlamento tiene que proporcionar su aprobación. En aquellos casos en que no está involucrado el Jefe de Estado, algún alto personero de gobierno toma la decisión respecto de la designación (cerca de un 45%). En un país la designación de la cabeza de la entidad de competencia es realizada por los mismos comisionados de la misma agencia, sujeto a la aprobación de la autoridad ministerial pertinente. Finalmente, un país ha establecido una Comisión de Servicio Público ( “Public Service Commission” ), constitucionalmente independiente, quien es la entidad que designa al jefe de la autoridad de competencia.

En general, debe tenerse cuidado de reducir el universo de posibles personas susceptibles de designación a aquellas que tengan una experiencia o conocimiento técnico específico de la materia pertinente. En efecto, puede argumentarse que tal criterio de selección es innecesario debido a que el “expertise” o conocimiento técnico puede estar disponible en el personal mismo de la entidad reguladora o en los consultores que ésta contrate. Incluso, podría, eventualmente, considerarse indeseable en la medida en que implique reducir significativamente el campo de posibles candidatos de donde elegir. Igual comentario puede hacerse si la autoridad reguladora tiene un ámbito de acción reguladora multisectorial, esto es, que no sólo vea materias de libre competencia, sino también de competencia desleal y protección del consumidor, por no mencionar regulaciones económicas sectoriales.

Si la autoridad reguladora tiene una composición colegiada, se presentará el desafío de qué tipo de visiones

conviene incorporar a través de la designación de alguien afín o representativo de la misma. En este sentido, adquiere especial relevancia la situación de los representantes de los consumidores y de las empresas reguladas como posibles integrantes en el órgano de toma de decisiones. Sin perjuicio de la discusión sobre la materia, parece inadecuado que la representación de ese tipo de intereses tenga injerencia en la toma directa de decisiones, más allá de la conveniencia de que puedan hacer valer sus puntos de vista en otras instancias del proceso regulatorio. Debe tenerse presente, por ejemplo, que en muchos sectores resulta difícil identificar a los representantes de los consumidores o de la industria, e incluso, de ser esto posible, es esperable que más que una evaluación amplia y transparente de los temas exista un tipo de actuación con un sesgo transaccional entre intereses particulares. La participación de intereses externos en la estructura orgánica de la entidad de competencia es particularmente complejo, debido a que la libre competencia, bajo una de sus escuelas de pensamiento, debiera enfocarse en la sanidad de la estructura del mercado más que en favorecer a determinados tipos de competidores. En este sentido, la idea de tener representantes de las partes interesadas puede tener más asidero en caso que la agencia de competencia tenga un carácter multisectorial.

e) ¿Cuánto dura su mandato?

Lo relevante, posiblemente, si se quiere resguardar algún grado de independencia para el desempeño de funciones es que exista algún tipo de seguridad en el mandato del regulador. Una opción para lograr el objetivo recién mencionado puede consistir en el establecimiento de un período de duración del

mandato en que éste no coincida con los períodos de elección del jefe de Gobierno.

En la actualidad, según lo reconoce la UNCTAD (2010, p.8), la duración del mandato de los miembros del organismo encargado de la aplicación de la ley varía de un país a otro. En el cuadro siguiente se realiza una comparación de la duración de los mandatos de las personas a cargo de una autoridad de competencia en diferentes jurisdicciones:

Cuadro N ° 2: duración mandato de autoridad máxima de organismo de defensa de la competencia

	México	Argentina	Brasil	Chile
Duración (años)	10	4	2	4

Fuente: elaboración propia basado, parcialmente, en datos de la UNCTAD (2010)

f) ¿Cuáles son los criterios de remoción?

No menos importante que los criterios de designación son aquellos relativos a la remoción. En efecto, hay que reconocer que de no haber algún tipo de protección o regulación sobre el particular, se incrementaría la posibilidad de remoción arbitraria de un regulador que entre eventualmente en conflicto con algún actor político gravitante.

En Chile, por ejemplo, hasta antes de la última modificación legal no se especificaba criterio legal alguno de remoción del regulador, lo que podría haber significado un

aumento de la vulnerabilidad de estos y afectado la autonomía o independencia que, en algún grado, parece deseable que exista.

g) ¿ Debiera haber una autoridad reguladora sectorial independiente?

Muchas interrogantes surgen de la pregunta planteada. Desde luego, esta pregunta involucra la existencia de una autoridad específica encargada de llevar adelante la regulación, fiscalización y ejecución con el fin de que se dé cumplimiento a la legislación de libre competencia. La Ley Tipo de Defensa de la Competencia desarrollada por la UNCTAD (2010, p.4), tal como se reconoce explícitamente, “se ha formulado partiendo de la hipótesis de que el organismo administrativo probablemente más eficiente sea un organismo casi autónomo o independiente del gobierno” . De hecho, la UNCTAD declara que “en la mayoría de los organismos creados en los últimos años (generalmente en países en desarrollo y en transición) existe la tendencia a concederles la mayor independencia administrativa posible. Esta característica es muy importante porque protege a esos organismos de la influencia política” .<sup>73</sup>

La independencia es un concepto relacional. Se dice que algo o alguien es independiente en relación a otro. En este contexto, cuando se habla de independencia del ente regulador se está haciendo respecto, por un lado, de las autoridades políticas y, por otro, de las empresas reguladas (e incluso, de los consumidores y otros intereses privados). Bajo una inspiración de interés público, resulta clave que la

---

<sup>73</sup> UNCTAD (2010), p.4.

autoridad, en el desempeño de sus funciones, actúe aislada de influencias indebidas que la aparten de su deber de satisfacción del interés público por sobre el privado, más allá que, en ocasiones, éstos puedan coincidir. El riesgo recién indicado suele conocerse como “captura regulatoria”, y constituye uno de los principales motivos de preocupación en el diseño de un buen sistema regulatorio.

Intrínsecamente relacionado con la aspiración por independencia y el objetivo de evitar la captura o influencia indebida en la formulación e implementación de una regulación que atente contra su finalidad de interés público se encuentra la valoración del “expertise” o conocimiento técnico como criterio de acción del regulador. Éste, a su vez, tiene una conexión preferente con la eficiencia económica y la eficacia, constituyendo lo que algunos denominan como “e-values”.<sup>74</sup>

Subyacente a la búsqueda de independencia y autonomía que permita el desarrollo y aplicación de una regulación técnicamente experta se encuentra el deseo por una ausencia de constreñimiento para realizar su tarea. Sin embargo, esta aspiración, la cual envuelve la búsqueda de mayores espacios de discrecionalidad, puede entrar en conflicto con otros valores como los de la “accountability” o rendición de cuentas, los cuales están asociados a la necesidad de tener un adecuado sistema de control o de “pesos y contrapesos”. En efecto, la independencia o autonomía debe conciliarse (de algún modo y en algún grado) con esta necesidad de control y rendición de cuentas, lo cual está directamente unido con la legitimidad misma del sistema regulatorio.<sup>75</sup>

---

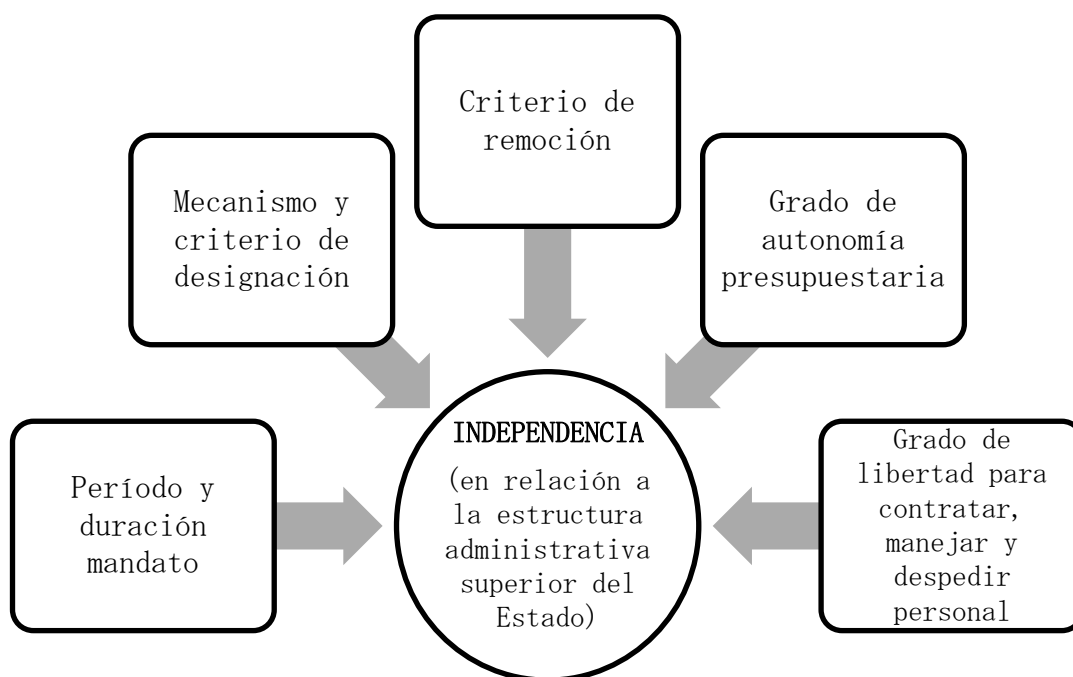
<sup>74</sup> Ver a Harlow y Rawlings (1997).

<sup>75</sup> Ver Brown, Stern, Tenenbaum y Gencer (2006), capítulo 3, p.6.

De igual manera, la independencia debe conciliarse con la coordinación que muchas veces se requiere para poder llevar adelante ciertos objetivos generales de política pública y de competencia que bien le podría corresponder realizar a una autoridad política más que a una específica de libre competencia. En efecto, un tema esencial que debe intentar contestarse es si la materia relevante debiera o no ser definida con criterios técnicos o con criterios políticos, algo no siempre evidente. En el caso de un regulador sectorial: ¿deben las tarifas ser decididas con criterio político? ¿deben los subsidios ser decididos en ausencia de consideraciones políticas? En el caso de un regulador de libre competencia: ¿debe el organismo de libre competencia tener influencia directa en el desempeño de otros organismos del Estado? ¿debe brindarse una especial protección a los pequeños competidores? ¿debe el análisis de fusiones o adquisiciones ser condescendiente con los “campeones nacionales” o con las empresas fallidas? Como bien lo reconoce la UNCTAD (2010, p.4), “el gobierno tiene todavía un papel que desempeñar al establecer la política de competencia a nivel general más bien que a nivel de casos concretos”.

Para finalizar este segmento, a continuación se muestra una figura en la cual se indican los factores relevantes involucrados en la determinación del grado de independencia que puede tener una autoridad de competencia. Pueden ser variadas las declaraciones de principios respecto de la independencia con que actúan los organismos de competencia, sin embargo, son principalmente los factores indicados los que determinan en parte importante qué tan independiente o autónoma son, al menos orgánica y formalmente.

Figura N°2: Grado de independencia de una autoridad de competencia en relación a la Administración del Estado: factores relevantes



Fuente: elaboración propia

## 2.- Relación vertical 2: integración, desintegración y revisión judicial

Lo primero que corresponde resaltar es que así como las naciones con una institucionalidad y legislación específica de libre competencia son numerosas, de la misma forma hay una gran variedad de diseños institucionales. Existen, por ejemplo, entidades no separadas (departamentos o entidades que forman parte de una entidad gubernamental mayor quien toma las decisiones o ante quien se responde) y entidades separadas (y usualmente especializadas). Entre las entidades separadas y especializadas, están, primero, aquellas que no sólo investigan y acusan, sino que también adjudican (resuelven y sancionan), diseño conocido, en términos generales, como

modelo integrado. Segundo, en cuanto al modelo desintegrado, existen entidades separadas y especializadas que investigan y acusan para ante una entidad distinta encargada de adjudicar (resolver y sancionar), la cual puede ser otro ente administrativo (modelo administrativo bifurcado) o bien un ente judicial, especializado o no especializado (modelo judicial bifurcado). La siguiente figura muestra distintos tipos de diseño institucional general y ejemplos de algunos países:

Cuadro N°3: diseño institucional integrado y desintegrado (bifurcado) de libre competencia e ilustración según situación de algunos países

	Misma entidad investiga y adjudica (resuelve o sanciona)	Organismo que adjudica (resuelve o sanciona) es distinto de la entidad que investiga y acusa		
		ente administrativo	ente judicial especializado	ente judicial no especializado
Chile			+	
El Salvador	+			
EE. UU.				+
UE	+			
Reino Unido		+	+	

Fuente: elaboración propia



Mucho se hizo referencia a la independencia de los organismos de competencia. En lo fundamental, lo explicado se enfocó bastante en la independencia de estos organismos en relación a la estructura administrativa superior, pero no respecto a otros cuerpos administrativos o judiciales. De uno u otro modo, los modelos integrados o desintegrados, unidos a la posibilidad de revisión judicial, dan lugar a menores o mayores niveles de control y rendición de cuentas, dimensión que, por un lado, implica menores niveles de independencia, pero que por otro, permite incrementar la legitimidad derivada de mayores niveles de “accountability” .

Más específicamente, es posible sostener que los modelos integrados en que una misma entidad investiga y adjudica (resuelve o sanciona) tienen un mayor potencial en términos de eficiencia administrativa, pero adolecen de problemas de “accountability” o control. De hecho, bajo el modelo anotado puede surgir el sesgo de buscar en la decisión final la confirmación de las hipótesis acusatorias bajo investigación, tema sobre el que se profundizará más adelante. De una u otra manera puede existir el riesgo de que se perciba que se está en presencia de un modelo en que “se es juez de su propia causa” .<sup>76</sup> En otras palabras, “el modelo de organismo integrado puede ser el método de aplicación de la ley más eficiente desde el punto de vista administrativo, pero entraña considerables riesgos desde el punto de vista de las garantías procesales” .<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Trebilcock y Iacobucci (2002), p.365.

<sup>77</sup> UNCTAD (2010), p.3.

## 2.1. Integración y desintegración de funciones fiscalizadoras y persecutorias con aquellas resolutivas o sancionatorias: ventajas y desventajas

Con anterioridad se esbozó la tensión entre eficiencia y “accountability” entre los modelos de diseño integrado y desintegrado en materia de institucionalidad de libre competencia. En lo que sigue, se profundizará respecto de las ventajas y desventajas de cada uno de los modelos aludidos.

### a) Sistema Europeo

A modo ilustrativo, la Unión Europea, la cual tiene un modelo integrado, funciona con algún grado de separación interna entre quienes investigan y quienes adoptan la decisión final. En efecto, la investigación es realizada por funcionarios de la Dirección General de Competencia (bajo la supervisión de un comisionado miembro de la Comisión Europea (Comisionado de Competencia). En caso de existir una objeción o mérito para “acusar”, se consulta al Servicio Legal de la Comisión Europea (la cual opera bajo la dirección del presidente de la Comisión Europea). Los alegatos orales son llevados a cabo por funcionarios de la Dirección General de Competencia (y algún funcionario de la agencia nacional de competencia correspondiente) y son presididos por un “Hearing Officer”.<sup>78</sup> La decisión final es adoptada por votación de los miembros de la Comisión Europea (luego de consultado alguno de los servicios asesores, tales como el Servicio Legal) y redactada por miembros de la Dirección General de Competencia

---

<sup>78</sup> Se trata de un funcionario que no pertenece a la Dirección General de Competencia y que debe reportarle al Comisionado de Competencia.

(generalmente aquellos que tuvieron a su cargo la investigación).<sup>79</sup> Las partes afectadas por una decisión negativa a sus intereses pueden buscar anular la decisión de la Comisión Europea por parte de la Corte Europea de Primera Instancia, cuya resolución puede, incluso, ser revisada por la Corte Europea de Justicia.<sup>80</sup>

#### b) Sistema Norteamericano

En EE.UU. tienen un sistema en el cual conviven dos entidades, una de las cuales tiene un sistema desintegrado y otra uno integrado. En primer lugar está el Departamento de Justicia, el cual tiene vastas potestades para investigar potenciales infracciones a las Secciones 1 y 2 de la Sherman Act, lo que corresponde a casos de prácticas concertadas y abusos monopólicos, respectivamente. El Departamento de Justicia, sin embargo, no tiene facultad para adoptar decisiones respecto de si una infracción ha sido cometida e imponer sanciones u ordenar la terminación de las prácticas anticompetitivas. Para buscar la resolución de los casos, el Departamento de Justicia debe accionar judicialmente ante una Corte Federal Distrital (civil o penal) en contra de las compañías e individuos involucrados. La decisión de la Corte Federal Distrital puede ser apelada (por cuestiones de

---

<sup>79</sup> Para fortalecer el trabajo de la Dirección General de Competencia, existe un Economista Jefe y un “Peer Review Panel”, este último el cual da una segunda visión al trabajo de los funcionarios del primer organismo y reporta al miembro de la Comisión Europea encargado de supervisar la causa.

<sup>80</sup> Para una explicación detallada de los procedimientos administrativos ante la Comisión Europea, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ver a Creus y Amador (2005).

Derecho) ante la Corte de Apelaciones del circuito correspondiente. La Corte Suprema puede, eventualmente adoptar la decisión discrecional de conocer y resolver, en último término, el caso.

En contraste con el Departamento de Justicia, la Oficina de Competencia de la Comisión Federal de Comercio o *Federal Trade Commission* (FTC) tiene potestad investigativa y resolutive. En efecto, la Oficina de Competencia, en conjunto con la Oficina Económica, tiene la facultad de llevar a cabo una investigación pudiendo cerrarla, o proponiendo a la FTC llegar a un Acuerdo con las partes bajo investigación, o recomendando que se siga adelante con una acción acusatoria. La FTC decide por mayoría si acoge la recomendación de la Oficina de Competencia. Si la FTC decide seguir con la acción acusatoria, ésta debe ser referida a un Juez Administrativo, quedando los comisionados de la FTC impedidos de tomar parte en la discusión. En el juicio llevado a cabo por el Juez Administrativo participa un FTC ' s Complaint Counsel (una suerte de consejo acusatorio) quien representa la visión de quienes investigaron. Ambas partes pueden apelar ante la misma FTC, quienes pueden, por mayoría, confirmar, modificar o rechazar la decisión del Juez Administrativo. Si la decisión de la FTC es adversa para el particular, ésta puede ser apelada ante la Corte Federal de Apelaciones sólo en cuestiones de Derecho. Finalmente, cualquiera de las partes puede buscar la revisión del caso por parte de la Corte Suprema de Justicia.

c) Similitudes y diferencias entre el modelo Europeo y el de EE.UU.

Lo primero que corresponde destacar como diferencia es la existencia en EE.UU. de dos organismos con algunas funciones superpuestas, uno de los cuales tiene un modelo desintegrado o bifurcado y otro integrado. Al igual que la FTC, la Comisión Europea funciona como organismo integrado, vale decir, ambos tienen la potestad para investigar y resolver el asunto.

No obstante esta similitud derivada de la integración de funciones entre la FTC y la Comisión Europea, existen varias diferencias respecto de la organización interna de ambas instituciones, lo cual genera, a su vez, diferencias en el sistema interno de pesos y contrapesos. Siguiendo a Wils (2004, p.7), es posible constatar que en el caso de la FTC la decisión o resolución inicial es adoptada por un Juez Administrativo independiente, luego de un juicio en que ambas partes son escuchadas. En segundo lugar, los comisionados de la FTC no pueden participar en la discusión llevada a cabo ante el Juez Administrativo. En tercer lugar, al decidir sobre la apelación a lo dictaminado por el Juez Administrativo, ambas partes pueden presentar sus argumentos ante los comisionados de la FTC, quienes actúan como jueces.

En contraste, los procedimientos de la Comisión Europea no contemplan la existencia de un juez u órgano resolutorio inicial independiente. Tampoco existe la imposibilidad de los miembros de la Comisión para, de una u otra manera, poder involucrarse en los alegatos. Y, finalmente, la Comisión no adopta sus decisiones como jueces, es decir, resolviendo luego de haber escuchado directamente a ambas partes del caso.

d) El riesgo de sesgo en la persecución y resolución de casos sujetos a investigación previa

¿Existe un riesgo en la persecución y resolución de casos sujetos a investigación previa mayor en aquellos diseños institucionales integrados que en aquellos con mayores niveles de integración? En otras palabras, cabe preguntarse hasta qué punto los modelos institucionales basados en la combinación en una sola entidad de la función investigativa, persecutoria y resolutive generan un mayor riesgo de sesgo.

Se intentará responder a la interrogante anterior desde una perspectiva teórica (no empírica). Para tal efecto, y basándonos parcialmente en Wils (2004, pp.15-16), es posible identificar al menos tres posibles fuentes del sesgo aludido previamente en aquellos sistemas integrados: (1) el sesgo de confirmación, (2) el sesgo de comprender una situación en retrospectiva y de justificar los esfuerzos pasados, y (3) el deseo de mostrar una alta actividad persecutoria.

#### (1) El sesgo de confirmación

“Sesgo de confirmación” es un término que es típicamente usado en la literatura psicológica y que connota la búsqueda o interpretación de evidencia en formas que tienden a ser consistentes con las creencias o expectativas existentes o con las hipótesis que se tengan.<sup>81</sup> En otras palabras, se habla de “sesgo de confirmación” a aquella tendencia a buscar evidencia que confirma más que desafía las propias creencias que sobre el particular alguien tenga. En el caso de agencias de competencia integradas funcionalmente una investigación comenzará cuando los funcionarios tengan la creencia inicial de que es probable que se esté en presencia de una infracción a la libre competencia.

---

<sup>81</sup> Nickerson (1998).

- (2) El sesgo de comprender una situación en retrospectiva y de justificar los esfuerzos pasados

Ante la presencia de escasez de recursos, tiempo o energía, las personas involucradas en llevar adelante una investigación y posterior persecución suelen tener el incentivo de mostrar que su esfuerzo no ha sido en vano ante ellos mismos, ante sus superiores jerárquicos y ante observadores externos. Por ejemplo, si durante la investigación o proceso aparecen antecedentes que pueden hacer cambiar el curso de ésta o éste, existe el incentivo a evitar la disonancia cognitiva que significa admitir que los nuevos hechos han transformado en inútiles los esfuerzos previos. Esto da lugar a que se subestimen los nuevos antecedentes que aparezcan y a que se visualice en retrospectiva el caso que defienden como uno claro y evidente, menospreciando la incertidumbre que pueda haber existido.<sup>82</sup>

- (3) El deseo de mostrar una alta actividad persecutoria

Dado que uno de los objetivos para lograr la observancia de una legislación de libre competencia radica en la disuasión que pueda proporcionar la detección y adecuada sanción de un número suficiente de infracciones (en especial las más dañinas), existirá, para una autoridad de competencia, el incentivo de mostrar un alto nivel de actividad en la línea ya anotada. La tendencia natural será, ante una rendición de cuenta pública, a mostrar un alto número de casos exitosamente verificados y sancionados. El problema, es que un alto número

---

<sup>82</sup> Ver a Wils (2004), p.18.

de sanciones fijadas por aquella autoridad de competencia que no sólo investiga y acciona, sino también resuelve y sanciona, no necesariamente significa haber actuado con precisión o exactitud. Es decir, la autocomplacencia estadística respecto de las sanciones impuestas por un organismo integrado puede estar produciendo una excesiva tendencia a cometer “falsos positivos”, o sea, equivocaciones al condenar actuaciones que no constituían, en realidad, infracción alguna a la libre competencia.

Como Wils (2004, p.19) lo hace notar, uno podría preguntarse si acaso estas tres posibles explicaciones del sesgo de llevar adelante acciones dirigidas a obtener un reconocimiento de la existencia de una infracción y la condena correspondiente no es, al final, un tema de ética profesional. Quizá, respecto de la última explicación, como lo hace ver el aludido autor, uno podría esperar que el cumplimiento de estándares éticos profesionales debiera bastar para solucionar el sesgo principal aludido. No obstante, en el caso de las otras dos fuentes o explicaciones del sesgo persecutorio por parte de las agencias de competencia que investigan y resuelven, al tratarse de tendencias psicológicas, éstas suelen permanecer incluso ante profesionales altamente éticos. Lo complejo es que el problema persistirá (aún en un menor grado) incluso si en la práctica este sesgo no ocurriera. En efecto, la sola posibilidad teórica de que un sesgo de la naturaleza indicada ocurra puede afectar la credibilidad de la autoridad de competencia integrada a diferencia de una que no presente tal característica.

Asumiéndose el potencial efecto pernicioso en términos de la precisión y exactitud de las decisiones de una autoridad de competencia integrada debido al sesgo persecutorio, uno podría preguntarse si un sistema de pesos y contrapesos o resguardos



de carácter interno puede dar solución al sesgo aludido. En el caso de la FTC de EE.UU. es posible visualizar algún nivel mayor de resguardo que en el caso de la Comisión Europea, en especial con la presencia de un Juez Administrativo independiente. Sin embargo, esta realidad no modifica totalmente el hecho que, al final, es la misma institución dirigida por una autoridad y secundada por un grupo de comisionados, quien termina adoptando la decisión final, al menos en primera instancia.

Por último, uno también podría preguntarse si la posibilidad de revisión judicial no elimina, acaso, el sesgo ya mencionado. Es posible argüir que así como un buen sistema de pesos y contrapesos interno alivia, en parte, los problemas surgidos por el sesgo persecutorio, de la misma manera la posibilidad de revisión judicial subsecuente podría aminorar la problemática aludida. Esto parece intuitivamente cierto. Sin embargo, hay que destacar que el problema será mayor o menor según si la revisión judicial es completa o incompleta, es decir, según si puede conocer los hechos y el derecho o sólo esto último.

#### e) La ventaja de la eficiencia administrativa

Lo que se puede ganar en términos de precisión y exactitud y, al final, de control y debido proceso, se puede perder en términos de eficiencia administrativa y viceversa.

Por un lado es efectivo que una organización en la cual una persona o grupo de personas investiga y resuelve es administrativamente menos costosa que una organización en la cual una persona o grupo de personas investiga y otros toman la decisión final. La razón de lo anterior radica en que en

este último caso existirá inevitablemente algún grado de duplicación, toda vez que este segundo grupo de personas tendrá que adquirir parte del conocimiento sobre el caso que el primer grupo de personas ya poseía.<sup>83</sup> Esta duplicación, hasta cierto punto, implica mayor esfuerzo y costo financiero, humano y de tiempo. Debe considerarse que bajo un sistema no integrado existen dos entes distintos con personal y presupuestos diferenciados. Igualmente, debe tenerse presente que la posibilidad de escuchar apropiadamente a la otra parte, algo propio de un debido proceso, tiende a alargar la duración de los procesos y a incrementar, eventualmente, la complejidad de la decisión a ser adoptada.

Por la misma razón anotada al final, un sistema que presente (interna o externamente) mayores niveles de resguardos (en términos de pesos y contrapesos, y de beneficios procesales para la otra parte) tenderá a disminuir los beneficios derivados de un aprovechamiento más eficiente de los recursos. Puesto de otra manera, mayores garantías procesales para la otra parte, los mayores controles y contrapesos existentes ( “accountability” ), y, de una u otra manera, la mayor acuciosidad, precisión o exactitud en los resultados, significan menores ventajas en términos de eficiencia administrativa y viceversa.

f) Una nota sobre el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial

La posibilidad de que una entidad administrativa pueda investigar, acusar y condenar ha sido una discusión endémica en el ámbito del Derecho. En este sentido, se podría objetar

---

<sup>83</sup> Wils (2004), p.23.

que las facultades jurisdiccionales de un organismo administrativo implican una vulneración al principio de separación de los poderes y que, al final, afecta el derecho de toda persona a ser juzgado por un tribunal independiente.

En el ámbito de la libre competencia, igual objeción se ha manifestado respecto de la Comisión Europea en relación al artículo 6(1) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta disposición establece que “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)” .

Existiendo la posibilidad de revisión judicial, los reparos han tendido a desaparecer. De hecho, son pocos los casos de institucionalidad de libre competencia que no cuenten, en mayor o menor grado, con la posibilidad de revisión judicial (o, al menos, con la posibilidad de apelación ante otra entidad). Como lo muestra la encuesta realizada por la OECD (2003, p.4), “ningún encuestado ha indicado que las decisiones de primera instancia en casos de derecho de la competencia son finales. Las Cortes de jurisdicción general son las más comunes instancias de apelación, tal como es indicado por dos tercios de las respuestas. Un tercio menciona a Cortes especializadas. Apelaciones fuera del sistema judicial son menos frecuentes. Sin embargo, en siete países las decisiones tomadas por la autoridad de competencia pueden ser apeladas ante la misma autoridad, y en cuatro países las apelaciones son hechas ante

el superior administrativo de la autoridad de competencia, como, por ejemplo, un ministro de Gobierno” .

## 2.2. Revisión judicial

Como se indicó con anterioridad, y sin perjuicio del tipo de modelo que se escoja, la mayoría de los países cuentan con un sistema de revisión judicial de las decisiones adoptadas por la entidad que tiene poder resolutivo o sancionatorio. Lo anterior es una de las fuentes más importantes de “accountability”, lo cual, no obstante, pugna con el deseo de autonomía de las agencias de competencia, quienes quisieran que se les respetara su ámbito experto de decisión.

A continuación, nos abocaremos sólo al tema de la función o justificación general de la revisión judicial, y a destacar la especial importancia de la revisión judicial en materia de libre competencia, para lo cual la labor de síntesis de Geradin y Petit (2011) resulta de especial interés.

Los mencionados autores resaltan que “abogados, economistas y científicos políticos asignan tres funciones distintas a la revisión judicial. Primero, los abogados conciben la revisión judicial como un medio para salvaguardar valores universales. Segundo, los economistas consideran que la función de la revisión judicial es promover el bienestar económico. Tercero, los científicos políticos argumentan que la revisión judicial se propone asegurar la accountability” .<sup>84</sup>

### *a) El punto de vista del abogado*

---

<sup>84</sup> Geradin y Petit (2011), p.6.

De acuerdo al mundo legal, la revisión judicial tiene como propósito principal ser un bastión contra-mayoritario que sea capaz de proteger a las minorías de intentos avasalladores de derechos y principios fundamentales mínimos por parte de una mayoría democráticamente elegida.

Esta visión de la revisión judicial basada en la existencia de derechos mínimos comprende tanto aquellos de carácter procesal como sustantivos. Cuando se hace referencia a la protección de derechos procesales por parte de jueces o Cortes se está aludiendo al derecho de interesados afectados por decisiones regulatorias de poder acceder a ser escuchados por parte de la judicatura y, eventualmente, de que se les respete el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones regulatorias. Por el contrario, cuando se hace mención a derechos de carácter más sustantivos, se está señalando la protección, por ejemplo, de principios y valores inherentes a la normativa legal o reglamentaria. En efecto, dichos valores en el ámbito de la libre competencia involucran la consideración de ciertos principios generales como la disuasión de conductas anticompetitivas realizadas a través de la aplicación de sanciones y procedimientos proporcionados y que brinden certeza legal, sin perjuicio de la protección de otros principios como el de no compartimentar los mercados, en el caso de la Unión Europea.

#### *b) El punto de vista del economista*

A diferencia de la visión legal basada en los derechos, la visión económica está basada en los resultados. Así, la revisión judicial tiene por función eliminar los errores en la adopción de decisiones y establecer estándares normativos que permitan, en definitiva, incrementar el bienestar económico.

### (1) Eliminación de errores en la toma de decisiones

Shavell (1995, p.381) sostiene que si los litigantes poseen información acerca de la ocurrencia de un error y apelan a la Cortes, éstas pueden usualmente verificar y corregir tal error. Así, los litigantes tendrán el incentivo a apelar cuando es probable que existan errores y a abstenerse de hacerlo en caso contrario. Esto permite, en definitiva, corregir errores en la toma de decisiones por parte de las entidades sujetas a revisión al menor costo posible.<sup>85</sup>

La idea detrás de lo sugerido por Shavell radica en el incentivo que la existencia de una etapa de revisión tiene para las instancias de decisión sujetas a control de evitar tomar determinaciones (perjudiciales para el bienestar económico) que puedan ser revertidas y que, al final, afecten negativamente su reputación o prestigio.

Geradin y Petit (2011, p.7), aludiendo a Ahlborn, Evans y Padilla, coloca de relieve la argumentación en virtud del cual una instancia de revisión judicial puede contribuir mucho a reducir la probabilidad de cometer errores Tipo I (falsos positivos o falsas condenas) en procesos de libre competencia, los cuales son más costosos y probables que los errores Tipo II (falsos negativos o falsas absoluciones).

Desde luego, estas aproximaciones son bastante teóricas. Por de pronto, presentan una visión bastante optimista e

---

<sup>85</sup> La corrección de errores al menor costo posible, plantea Shavell (1995, p.381), puede favorecerse con el cobro de alguna suma de dinero por apelar. Sin adelantarnos, es posible advertir con facilidad la tensión existente entre la visión económica y la jurídica, la cual aprecia la apelación desde la perspectiva de derechos mínimos cuyo acceso no debe limitarse.

idealista de la acción de los órganos de apelación, los cuales pueden carecer de información suficiente y de “expertise”, aspecto importante en la revisión de decisiones regulatorias en ámbitos en que se requiere cierto conocimiento técnico.

Sin perjuicio de lo anterior, parece útil reafirmar la visión típicamente económica de que una función importante de la revisión judicial radica en disminuir o erradicar la toma de decisiones erróneas y, por ende, perjudiciales para el bienestar económico.

(2) Establecimiento de estándares o parámetros que generan mayores niveles de certidumbre

Otra línea argumental típicamente económica resalta que la existencia de instancias de revisión judicial, la cual a través de sus precedentes establece ciertos estándares acerca de lo aceptable o no aceptable, permite uniformar o armonizar estándares de conducta. De hecho, se dice que, a través de la toma de conciencia por parte de los actores del mercado y de las instancias de toma de decisiones, se produce un proceso positivo de disminución de costos de transacción, lo cual está positivamente correlacionado con mayores niveles de eficiencia económica. En otras palabras, la existencia de instancias de apelación que generen parámetros claros posibilita mayores niveles de certeza legal, lo cual limita los costos de cumplimiento.<sup>86</sup> Para que lo anterior tenga mayores posibilidades de prosperar, resulta importante que los parámetros definidos en última instancia por la vía de una revisión judicial sean adecuadamente difundidos a las agencias reguladoras y a las entidades reguladas. Esto implica que los

---

<sup>86</sup> Ver a Geradin y Petit (2011), p. 8.

estándares definidos deben ser fáciles de ser entendidos y seguidos.

Evidentemente, como suele ocurrir, lo que se gana por una parte se pierde por la otra. En efecto, la existencia de estándares o parámetros a ser seguidos puede impedir la experimentación e innovación regulatoria. En el mismo sentido, la certidumbre de precedentes que tienden a permanecer en el tiempo favorece un statu quo que puede derivar en parámetros obsoletos en atención a los nuevos desarrollos científicos, en este caso, económicos.

c) El punto de vista del cientista político

A este respecto, se puede argüir que los cientistas políticos perciben la institución de la revisión judicial como un instrumento de “buen gobierno” a través del incremento de la “accountability”. En efecto, y tal como se sostuviera con anterioridad, la legitimidad y conveniencia de la existencia de entidades administrativas especializadas e independientes se sustenta en criterios como el conocimiento técnico, la eficiencia o la eficacia, pero no en valores democrático-formales. De hecho, tal como lo plantea Baldwin y McCrudden (1987), existe una relación de tensión entre el valor del “expertise” y el de “accountability”, ambos criterios (entre otros) muy buscados al momento de caracterizar lo que se consideraría un buen sistema regulatorio. Lo que espera una entidad autónoma es que se respete su mayor conocimiento técnico y, por ende, que no exista revisión judicial alguna o que ésta sea ejercitada de manera deferente con ella. Por el contrario, lo que se busca con la revisión judicial, bajo la óptica de la ciencia



política, es introducir en el sistema mayores instancias de control o contrapesos.

Desde luego, la revisión judicial no es la única herramienta de control. La rendición de cuentas ante autoridades políticas también lo es, al igual, como se verá en capítulos posteriores, el control por parte de los interesados o de la ciudadanía en general. El inconveniente con el control ejercido por las autoridades políticas radica en que afecta más directamente que cualquier otra instancia de control la independencia de las agencias administrativas especializadas. Dado lo anterior, la revisión judicial adquiere especial relevancia para ejercer de contrapeso o control a las decisiones de entidades independientes. Ahora bien, para morigerar la tensión entre la independencia de las agencias y la revisión judicial ejercida por los tribunales de justicia (y no perder las virtudes de una autonomía experta), la existencia de revisión por parte de tribunales también especializados podría ser una alternativa atendible. En efecto, lo anterior podría incrementar los niveles de “accountability” sin disminuir tanto el “expertise” que se asume poseen entidades administrativas independientes.

d) Importancia de la revisión judicial en el ámbito de la libre competencia

Hasta ahora se ha tratado el tema de la revisión judicial de decisiones de autoridades administrativas en términos generales. En adelante, se abordarán aspectos particulares que la revisión judicial puede tener en materia de libre competencia. De hecho, se destacará, siguiendo básicamente a Geradin y Petit (2011), la especial necesidad de contar con algún tipo de revisión dado que el Derecho de la Competencia:

(1) está sujeto a serios errores; (2) interfiere con derechos fundamentales; y (3) puede no ser ejecutado y aplicado en favor del interés público. Los aspectos recién mencionados serán desarrollados a continuación:

(1) El Derecho de la Competencia está sujeto a serios errores

Ya al inicio de este trabajo se destacó que la libre competencia es una materia compleja y conflictiva. De hecho, la ausencia de homogeneidad conceptual, los obstáculos probatorios y los estándares normativos fuertemente influenciados por la economía explican la vulnerabilidad de la libre competencia en cuanto a la posibilidad de cometer errores, lo cual conduce, al final, a que la revisión judicial sea particularmente atendible. En lo que sigue, se tratarán los aspectos recién anotados.

En primer lugar, en cuanto a la ausencia de homogeneidad conceptual, se puede sostener que la reconocida diversidad de escuelas de pensamiento genera una ausencia de unidad conceptual que añade complejidad e incluso confusión a la materia y, al final, incrementa la posibilidad de errores.

Por de pronto, no existe consenso respecto de qué orientación en materia de ejecución y cumplimiento adoptar, algo que se analizó en un capítulo pasado. Igualmente, utilizando la disyuntiva entre errores de Tipo I (falsos positivos) y errores de Tipo II (falsos negativos) cabe hacerse la difícil pregunta acerca de a cuál tipo de error se se debiera ser más averso. ¿Qué aproximación tendría la

Escuela de Chicago, la de Harvard o la Post-Chicago?<sup>87</sup> La Escuela Post-Chicago, por ejemplo, es más intervencionista que la Escuela de Chicago, sin embargo, lo que se conoce como Post-Chicago puede adoptar muchas aproximaciones distintas.<sup>88</sup>

En segundo lugar, debe destacarse que en el Derecho de la Competencia los obstáculos probatorios pueden no ser menores. En efecto, y a diferencia de otras disciplinas del Derecho, en materia de libre competencia los análisis probatorios no sólo son retrospectivos, es decir, respecto de hechos pasados, sino que también suelen tener un carácter prospectivo, vale decir, deben colocar su mirada en el efecto que determinados hechos producirán en el futuro. Por ejemplo, en el caso del examen de fusiones y adquisiciones, resulta esencial poder determinar el grado de probabilidad de que una operación de concentración de lugar a colusión o a un abuso de posición dominante. En otras palabras se está ante un análisis de riesgos esperados, lo cual resulta altamente complejo y sujeto a una tasa de error no menor.

En tercer lugar, los estándares normativos están fuertemente influenciados por la economía. Los estándares en el ámbito de libre competencia no tienen un carácter jurídico-formal. Por el contrario, las normas suelen tener una textura amplia y estar fuertemente influenciadas por la economía. En general, salvo casos como los de carteles duros, no es común encontrar estándares con la simplicidad de una regla *per se*.<sup>89</sup> Por el contrario, lo habitual será la aplicación de la regla de la razón ( “rule of reason” ), lo cual exige que antes de

---

<sup>87</sup> Ver a Hovenkamp (2005).

<sup>88</sup> Ver a este respecto a Kovacic (2007).

<sup>89</sup> En el capítulo noveno se explicará la disyuntiva entre la “regla *per se*” y la “regla de la razón” .

determinarse si una conducta es contraria o no a la libre competencia, debe realizarse un examen acucioso de los efectos positivos y negativos de la acción sometida a conocimiento de la entidad que toma la decisión.

En cuarto lugar, la complejidad del objeto de estudio también influye para poder aseverar que el Derecho de la Competencia está sujeto a serios errores. Hoy los mercados resultan muy dinámicos en su creación y desaparición. La tecnología, por ejemplo, ha permitido que mercados que antes no existían hoy estén operando. Esta evolución implica un gran desafío para las autoridades de competencia en términos de monitoreo y dominio técnico de los mercados, lo cual ha incrementado los riesgos de errores en la toma de decisiones.

Finalmente, lo que hace particularmente costoso los errores que se puedan cometer por las autoridades de competencia es que una decisión equivocada no sólo afecta a la persona o empresa a quien ésta va dirigida, sino que a un grupo mayor de actores del mercado, los cuales adoptarán, en el futuro, uno u otro comportamiento según lo sentenciado.

En definitiva, y tal como puede apreciarse, las consideraciones señaladas en (1) resultan afines a aquellas propias de la perspectiva económica, lo cual demuestra preocupación por los efectos de las decisiones y, sobre esa base, argumenta a favor de la existencia de una revisión judicial.

(2) El Derecho de la Competencia interfiere con derechos fundamentales

Tal como lo plantean Geradin y Petit (2011, p.14), a quienes seguimos en parte, al prohibirse a empresas comerciar

libremente en el mercado, la aplicación de la legislación de libre competencia interfiere con libertades individuales tales como la libertad de asociación, el derecho de propiedad, o el derecho a la protección de información personal.<sup>90</sup>

Este antagonismo entre la legislación de libre competencia y las libertades individuales resulta incluso más claro desde el punto de vista procedimental. Las autoridades de competencia suelen tener el derecho a conducir inspecciones en las dependencias de las empresas sospechosas, requiriendo documentos o, incluso, a interceptar comunicaciones privadas.

Asimismo, las autoridades de competencia pueden adoptar decisiones que pueden limitar el derecho de propiedad como, por ejemplo, cuando una compañía dominante en algún mercado es obligada a vender o suministrar bienes o servicios a competidores de mercados colindantes a aquel en el cual tiene dominancia (o posee una instalación esencial). Incluso más, una autoridad de competencia puede llegar a forzar el desprendimiento de parte de su propiedad.

Las apreciaciones recién vertidas resultan particularmente sensibles a los derechos de aquellas partes sujetas a investigaciones y decisiones que pueden llegar a ser bastante intrusivas. En este sentido, se está en presencia de la justificación de la existencia de una revisión judicial basada en los derechos.

(3) El Derecho de la Competencia puede no ser ejecutado y aplicado en favor del interés público

---

<sup>90</sup> Podría agregarse, también, la libertad para emprender o desarrollar actividades económicas.

En el capítulo segundo se hizo ver cómo en muchos casos más que el interés público lo predominante era la maximización del interés privado. Esto que parece ser un riesgo de general aplicación no tiene por qué ser ajeno a las autoridades de competencia y sus funcionarios.

Asimismo, existen razones no alejadas de un genuino deseo por la promoción del interés público para entender por qué una intervención de libre competencia simplemente falla. Pueden existir acciones bien inspiradas, pero técnicamente equivocadas. Puede, quizá, que la autoridad de competencia carezca de recursos económicos y humanos suficientes, etc.

Finalmente, cabe recordar lo manifestado más arriba respecto de los sesgos a los cuales pueden estar afecto los funcionarios de una autoridad de competencia al momento de investigar y accionar judicialmente, en especial cuando la agencia combina las funciones de investigación, persecución y resolución.

No obstante lo anterior, lo cierto es que cualquiera sea el origen del fracaso de una intervención de libre competencia, el resultado estará alejado de uno que promueva el interés público. Esto, bajo una perspectiva propia de la ciencia política, amerita la existencia de controles y contrapesos (por medio de una revisión judicial), los cuales, en definitiva, permitirán alcanzar mayores niveles de “buen gobierno” .

### **3.- Estructura y gestión organizacional interna**

La siguiente dimensión a ser estudiada dentro del análisis del tema más general identificado en este trabajo bajo el título “Diseño Institucional” , es aquel referido a

la estructura y gestión organizacional interna. El primer subtema dice relación con la estructura interna de toma de decisiones, en donde se discute la disyuntiva básica entre tener una autoridad de competencia dirigida por una sola persona o por un cuerpo colegiado de personas. En segundo lugar, en este estudio se abordará el tema acerca de los parámetros y opciones principales a tener en consideración en la gestión de una agencia de competencia.

### 3.1. Estructura organizacional interna. ¿Regulador individual o colegiado?

Una autoridad de competencia puede ser encabezada por una sola persona en calidad de director, superintendente, u otra denominación,<sup>91</sup> o bien por un cuerpo colegiado o comisión de varias personas.

Sin perjuicio de que es posible apreciar una tendencia general a la recomendación de cuerpos colegiados, para lo cual existen variadas razones, las que se verán luego, también existen argumentos a favor de la opción por reguladores antimonopolios individuales.

#### a) Ventajas de autoridades unipersonales

La existencia de reguladores individuales suele recomendarse para el período inicial en el cual la entidad está estableciéndose o en países con importantes restricciones de recursos. Igualmente, se puede argumentar que este tipo de arreglo institucional permite la adopción de decisiones más

---

<sup>91</sup> En Chile, se llama Fiscal Nacional Económico.

rápidas y con una orientación probablemente más predecible. Finalmente, es esperable que cuando existe una sola cara visible se evita, para efecto de responsabilidad y rendición de cuentas, la potencial dilución que pudiere existir cuando se está en presencia de un cuerpo colegiado.

#### b) Ventajas de autoridades colegiadas

Por su parte, las ventajas de la existencia de una entidad de libre competencia de carácter colegiado radican, primero, en el potencial para reflejar múltiples habilidades y perspectivas. En efecto, una estructura de liderazgo similar a la de un directorio permite la designación de personas con diferentes habilidades profesionales (ingeniería, economía, administración, derecho, etc.) y con diverso origen y perspectivas (diferentes partes del país o de la sociedad). La potencial mayor diversidad posibilita la adopción de decisiones con una visión más amplia que en el caso de un regulador individual, incrementando la probabilidad de mayor credibilidad intelectual y política de la entidad de competencia. Hay que tener presente que un cuerpo colegiado permite mayores niveles de deliberación (lo que reduce la posibilidad de arbitrariedades) en temas, por lo demás, que suelen ser complejos y multidisciplinarios. Igualmente, no es poco razonable pensar que un cuerpo colegiado es un obstáculo mayor que su alternativa frente a intentos de captura o influencias indebidas. Asimismo, puede argüirse que tiende a incrementarse la estabilidad del proceso regulatorio evitando cambios repentinos en el liderazgo de la entidad reguladora. Puede ser interesante estructurar algunos modelos de toma de decisiones en el sector público con la vista puesta en ciertos gobiernos corporativos existentes en empresas privadas. En el



Reino Unido, por ejemplo, ha existido, últimamente, una tendencia a reemplazar a aquellos reguladores con la concentración de potestades en un solo individuo por la existencia de un cuerpo colegiado con un “chairman” o cabeza visible de un directorio compuesto por directores no ejecutivos independientes y un “chief executive” o persona a cargo de la parte ejecutiva.<sup>92</sup> Es útil tener presente que, independiente del tipo de modelo de regulador colegiado, si se opta por dicha alternativa parece recomendable que exista una cara principal visible que minimice el problema de “accountability” que puede producirse con la percepción de responsables múltiples.<sup>93</sup>

Cuadro N ° 4: Ventajas y desventajas de una estructura individual o pluripersonal para la toma de decisiones

Características	Individual	Comisión
Velocidad en la toma de decisiones	+	
“ Accountability ” por las decisiones	+	
Demanda de recursos	+	
Predictibilidad de las decisiones	+	
Invulnerabilidad frente a influencias indebidas		+
Potencialidad para reflexionar desde múltiples perspectivas		+
Potencialidad para incrementar la estabilidad de las decisiones		+

Fuente: basado en Smith (1997b).

<sup>92</sup> Ver el caso de la Office of Fair Trading (OFT).

<sup>93</sup> Sobre estos temas ver a Smith (1997b).

### 3.2. Gestión organizacional interna

#### a) Desafíos en la medición de la gestión organizacional interna de una autoridad de competencia

Sin la existencia de medidas o parámetros de desempeño resulta muy difícil juzgar la calidad actual del trabajo de una autoridad de competencia, así como el desempeño de ésta comparado con períodos anteriores o con otras agencias de competencia. Son las mediciones las que permiten, en último término, poder identificar aquellas áreas en las cuales es posible realizar mejoras. No obstante, y tal como lo plantean Kovacic, Hollman y Grant (2011) a quienes seguiremos parcialmente sobre este punto, existe la tentación de utilizar como medida de éxito en la gestión de una agencia el número de casos que la entidad ha iniciado en un determinado período de tiempo. En efecto, se suele asumir que porque una agencia está haciendo mucho de una cierta cosa, en especial si esto involucra a bien conocidas empresas, ésta está haciendo un buen trabajo. No obstante, la persecución de un caso no siempre dice mucho sobre el efecto que éste puede tener en la economía. Tampoco la cantidad y envergadura de casos sobre los que se inicie una acción legal proporciona información sobre la significancia doctrinal que se pueda haber ganado. Es perfectamente posible que casos pequeños en términos de su impacto en la economía proporcionen ganancias de gran utilidad en razón de la doctrina jurídica que se logre con él. Igualmente, una focalización exclusiva en el número de casos perseguidos judicial o administrativamente puede desviar la atención en contra de la aplicación de otros instrumentos que

pueden ser más idóneos para resolver problemas específicos de libre competencia que puedan existir.<sup>94</sup>

Uno de los mayores sesgos que estimulan una medición del desempeño basada en la cantidad de productos generados, tales como el número de casos objeto de investigación o de persecución legal, consiste en la tendencia a evadir el largo plazo.

Respecto del sesgo a favor del corto plazo en desmedro del largo plazo, “el derecho y cultura de la administración pública no proporciona rutinariamente a los designados en altos cargos -que a menudo mantienen posiciones de liderazgo por sólo unos pocos años- incentivos fuertes para hacer inversiones de largo plazo que generen incrementos acumulativos en el tiempo de mejoras en el desempeño institucional. Un líder actualmente en funciones puede sentir una fuerte tentación por invertir en actividades que le generen a él retornos inmediatos y apropiables, y mínimas inversiones que puedan rendir frutos durante el mandato de futuros sucesores. [...] La autoridad en actual posesión del cargo podría, también, iniciar casos que, en un principio, capturen una amplia aclamación pública, sin consideración a fragilidades doctrinarias o probatorias que puedan causar su colapso durante el mandato de su sucesor”.<sup>95</sup>

Otro riesgo que puede darse en relación al liderazgo de una agencia de competencia por parte de dos autoridades distintas en períodos distintos consiste en la reticencia de reconocer la labor de los antecesores respecto de éxitos actuales. En el mismo sentido, autoridades actuales pueden

---

<sup>94</sup> Kovacic, Hollman y Grant (2011), pp.26-27.

<sup>95</sup> Kovacic, Hollman y Grant (2011), pp.28-29.

justificar el fracaso en ciertas áreas en la adopción de “equivocadas” acciones pasadas.<sup>96</sup>

Como lo recuerdan Kovacic, Hollman y Grant (2011, p.28), una autoridad de competencia que proporcione los resultados de política pública adecuados, lo hace en virtud de una serie de mejoras en el tiempo. Por ejemplo, las inversiones de largo plazo en capacidad, entendiendo por ésta el talento humano, el conocimiento institucional y la infraestructura organizacional, incrementa la capacidad de la agencia para ejecutar programas que mejoren el desempeño de la economía.

Asimismo, la visión por construir una capacidad institucional de largo plazo puede jugar un rol crucial en la edificación de una “marca” que simbolice calidad para el entorno. La percepción que se tenga de la calidad de la autoridad de competencia posee una influencia directa en las decisiones judiciales y legislativas. En efecto, ante la presencia de una buena reputación institucional, cabe razonablemente esperar, por un lado, un mayor grado de deferencia del poder judicial frente a las actuaciones de la autoridad de competencia y, por otro, una consideración positiva del poder legislativo para asignarle recursos presupuestarios y conferirle mayores potestades. Por último, es posible sostener que una agencia de competencia que goce de una excelente marca o reputación, generará, probablemente, mayores niveles de confianza y legitimidad ciudadana respecto de ésta como, hasta cierto punto, del gobierno en general.

---

<sup>96</sup> Debe reconocerse, no obstante, que una posible causa de fracasos actuales puede encontrarse en malas decisiones pasadas.

b) Elementos a considerar en la gestión eficiente de una autoridad de competencia

La idea central de una buena gestión organizacional interna en una autoridad de competencia consiste en incrementar y aprovechar mejor los recursos institucionales existentes, tanto desde el punto de vista financiero, humano y normativo.

Para lograr este mejor aprovechamiento de los recursos, resulta importante la existencia de una planificación estratégica global e individual por programa que permita una priorización de tareas y asignación de recursos con sentido estratégico. Todo lo anterior requiere, además, de un buen sistema de evaluación y control “ex ante” y “ex post”, así como un diseño organizacional flexible que permita ir haciendo adaptaciones sobre la marcha. Igualmente, resulta esencial que se tenga conciencia que el recurso humano es particularmente vital para el adecuado funcionamiento de la entidad de competencia. En efecto, dada la naturaleza especializada de la tarea a desarrollar, se necesita enfrentar el desafío de reclutar y retener un buen grupo de profesionales. Asimismo, hay que tener claro que una autoridad de competencia puede contar con múltiples instrumentos para llevar a cabo su misión, las cuales no se reducen a aquella muy importante consistente en la investigación y adopción de acciones legales (y eventualmente resolver o sancionar, según el caso). A mayor abundamiento, debe entenderse que la labor de comunicación (en un sentido amplio) es una función crítica y que tiene que ser dirigida tanto hacia el interior como el exterior. Respecto de la comunicación hacia el exterior resulta importante, entre otros, esfuerzos de marketing, de educación y de construcción de redes con otros organismos públicos nacionales e

internacionales. A continuación se profundizará sobre algunos aspectos recién mencionados.<sup>97</sup>

### (1) Recursos humanos

Dada la naturaleza especializada de la tarea a desarrollar, se necesita enfrentar el desafío de reclutar y retener un buen grupo de profesionales. Al igual que otros organismos de la administración pública, una autoridad de libre competencia tiene restricciones en cuanto a la remuneración de sus funcionarios. No obstante, no debe olvidarse que este tipo de organismos suelen enfrentarse a litigantes con muchos recursos y profesionalmente muy preparados. El costo de oportunidad para los profesionales de una entidad antimonopolio puede ser alto, resultando muy difícil competir con las remuneraciones del sector privado.

¿Cómo atraer a los mejores y más interesados? Ante la restricción existente para subir remuneraciones, deben explorarse diversas herramientas que permitan proporcionar un valor agregado que atraiga buenos profesionales. Debe percibirse a la institución como un lugar de trabajo atractivo por su ambiente, por el conocimiento susceptible de ser adquirido, por la nobleza y utilidad de la misión desarrollada, por el prestigio que implica ser parte del mismo, etc. Los profesionales que trabajan para una agencia de competencia deben sentirse orgullosos de la misma. Una autoridad de competencia debe tener una excelente reputación y ser percibida como una muy buena opción de empleo.

---

<sup>97</sup> Sobre esta materia, en la cual existe una similitud básica en cuanto a los factores de importancia para una gestión más efectiva de una autoridad de competencia, véase a los siguientes trabajos: Kovacic (2009), Kovacic, Hollman y Grant (2011), ICN (2010), y UNCTAD (2011).

Los funcionarios de una entidad antimonopolios deben tener clara conciencia de la misión y los objetivos, y de las herramientas para alcanzarla. Es importante, por ejemplo, que el grupo de profesionales de una agencia de competencia sepa por qué se está tomando una acción legal en contra de una determinada empresa, lo cual genera involucramiento y unión, y refleja, en último término, liderazgo.

Deben ofrecerse oportunidades sistemáticas de entrenamiento y perfeccionamiento. Igualmente, debe promoverse la posibilidad de involucramiento en trabajos académicos. Hay que esparcir el conocimiento al interior de una autoridad de competencia. En este último sentido, hay que pensar en la posibilidad de ir rotando al grupo de profesionales en diferentes unidades. Esto último está ligado, también, a la necesidad de ir viendo cuál es el lugar más adecuado para cada persona de acuerdo a sus habilidades e intereses.

El atractivo, sentido de pertenencia y el orgullo por la institución en la cual se trabaja depende, también, de la percepción que se tenga sobre el liderazgo intelectual de una autoridad de competencia. Es muy fundamental perseverar y ampliar en los vínculos con otras organizaciones similares de otros países, así como con instituciones supranacionales dedicadas a la materia, como la OECD y la International Competition Network (ICN).

Una institución no debiera depender en exceso de las cualidades de las personas que la integran en un momento determinado del tiempo. Debiera quedar huella del aporte y conocimiento de sus integrantes. Por tal razón, es muy importante la construcción y retención de conocimiento. Una agencia de competencia debe ser capaz de tener conocimiento

propio. La inversión en investigación y desarrollo es clave para tal fin.

Finalmente, el reconocimiento y las recompensas deben estar vinculados con mecanismos de evaluación conocidos, justos y que estén orientados al perfeccionamiento de sus integrantes, sin perjuicio de tener la capacidad de tomar opciones difíciles si las circunstancias lo ameritan.

## (2) Planificación estratégica

Una planificación estratégica es un proceso de toma de decisiones de una autoridad de competencia en virtud del cual se aspira a responder todas o algunas de las siguientes preguntas: ¿Cuál es nuestro objetivo? ¿Qué queremos alcanzar en un período de tiempo dado? ¿Cómo lo lograremos? ¿Dónde enfocaremos nuestros recursos? ¿Cómo mediremos nuestro éxito?<sup>98</sup>

Algunos de los beneficios de una planificación estratégica pueden ser los siguientes: (a) incrementar la probabilidad de éxito por parte de la agencia en alcanzar sus objetivos; (b) proporcionar una base para medir y evaluar el progreso de una agencia para alcanzar sus objetivos; (c) facilitar una asignación efectiva de recursos y priorizar sus actividades; (d) facilitar la comunicación (interna y externa) y aumentar el entendimiento público de las metas y funciones de la autoridad de competencia; y (e) motivar y guiar al personal que trabaja en la agencia.<sup>99</sup>

Sin un proceso estratégico efectivo, una autoridad de competencia puede transformarse en un simple observador

---

<sup>98</sup> ICN (2010), p. 6.

<sup>99</sup> Basado en ICN (2010), p. 6.



reactivo de eventos económicos externos y de la presión por acción por parte de la población o de actores políticos.

Como lo plantean Kovacic, Hollman y Grant (2011, p.32), “una buena estrategia no consiste en repetir mecánicamente lo que la agencia ha hecho antes. Los grupos de industrias afectadas pueden desarrollar contramedidas que perjudiquen la efectividad de las tácticas actuales de la agencia. Nuevos fenómenos comerciales pueden requerir una reconsideración de sectores o prácticas específicas que se han transformado en elementos tradicionales de los programas de la agencia”. Lo anterior hace que sea razonable contar con un buen sistema de evaluación y control “ex ante” y “ex post”, así como un diseño organizacional flexible que permita ir haciendo adaptaciones sobre la marcha.<sup>100</sup>

Más específicamente, y recapitulando algunos puntos aludidos precedentemente, una planificación estratégica efectiva, de acuerdo a la ICN (2010, p.9): (a) aborda cada aspecto de las actividades de la agencia, incluyendo la revisión de fusiones, el combate de carteles, investigaciones sobre conductas unilaterales, acciones de abogacía de la competencia, etc.; (b) contiene un claro pronunciamiento sobre las prioridades para el período cubierto por el plan; (c) establece objetivos de corto y largo plazo claramente definidos; (d) proporciona una indicación de cómo los recursos serán asignados; (e) puede ser evaluado para medir el progreso realizado en alcanzar los objetivos; y (f) permite flexibilidad para posibilitar que la agencia pueda reaccionar a eventos inesperados, pero que, al mismo tiempo, asegure continuidad en el tiempo.

---

<sup>100</sup> Kovacic (2009).

Como ya se ha señalado, pero queremos subrayarlo, toda planificación estratégica requiere de procesos de evaluación, para lo cual puede resultar muy útil el establecimiento de indicadores.<sup>101</sup> Los indicadores más importantes, como ya se sugirió, son aquellos “de resultado”, esto es, aquellos indicadores que revelan el progreso hacia los objetivos estratégicos medidos por lo que actualmente ha sucedido en contraste con lo que fue planeado. En otras palabras, estos indicadores de resultado miden el impacto de mediano y largo plazo de las actividades producidas o llevadas a cabo por la agencia. Por ejemplo, tales indicadores pueden incluir resultados tales como incrementar el bienestar del consumidor, mejorar el crecimiento de la productividad o mejorar la percepción de la agencia por parte de los actores interesados.

Además de los indicadores de resultado anteriormente descritos, no puede prescindirse, más allá de las precauciones que debe tenerse,<sup>102</sup> de los indicadores de producción ( “output” ), los cuales miden las actividades o servicios que son producidos por una agencia para el logro de sus objetivos. Por ejemplo, tales indicadores incluyen el número de investigaciones concluidas, el número de decisiones adoptadas, el número de estudios de mercado producidos, el número de iniciativas de abogacía ( “advocacy” ), o el número de los comunicados de prensa emitidos en un determinado período de tiempo.

---

<sup>101</sup> Seguimos, sobre el particular, lo señalado por la ICN (2010), p. 12.

<sup>102</sup> Ya se advirtió sobre la tendencia a mostrar las actividades que se han realizado como criterio de buena gestión, sin considerar los objetivos estratégicos generales hacia el cual debe ir dirigida la acción de la autoridad de competencia.

Pueden establecerse, también, indicadores “de medios” ( “input” ), los cuales miden los recursos gastados en alcanzar un determinado objetivo. A modo ilustrativo, son indicadores “de medio” el número de personas por hora gastadas en casos de fusión, o el monto de dinero gastado en estudios externos por año. Estos indicadores pueden ser muy beneficiosos cuando se trata de analizar la eficiencia de los programas.

Por último, cabe hacer presente que los indicadores pueden ser cuantitativos o cualitativos. Por ejemplo, un indicador cuantitativo puede ser el número de denuncias totalmente tramitadas en un período determinado de tiempo. Un indicador cualitativo podría consistir en el conocimiento de temas de competencia por parte del público recogidos a través de encuestas.

Debe hacerse notar que los indicadores arriba explicados suelen ser utilizados para evaluar aspectos sustantivos. Sin embargo, tal como lo resalta Kovacic, Hollman y Grant (2011, p.31), “una agencia de competencia puede mejorar su capacidad para alcanzar (...) fines sustantivos a través de fortalecer sus procesos” . Esto quiere decir, desde nuestra propia interpretación, que más allá de aquellos indicadores dirigidos a medir resultados, productos o medios, la existencia misma de procesos estratégicamente concebidos debe considerarse como una fortaleza y como un parámetro clave para evaluar el adecuado desempeño de una autoridad de competencia.<sup>103</sup> Por ejemplo, los autores recién mencionados señalan que los procesos de una buena agencia de competencia deben tener

---

<sup>103</sup> Para Kovacic, Hollman y Grant (2011, p.31), un proceso idóneo puede definirse como “la adopción de técnicas administrativas superiores que asisten en la implementación de programas que generan buenos resultados sustantivos y facilitan un mejoramiento continuo en el tiempo” .

características como las siguientes: (a) la formulación de una clara comunicación de objetivos bien definidos al personal de la agencia, así como a grupos externos; (b) el establecimiento y refinamiento de mecanismos de planificación interna que conciba una estrategia y programas para alcanzar los objetivos; (c) el empleo de una aproximación dirigida a solucionar problemas utilizando un amplio espectro de herramientas a disposición de la agencia para corregir fallas de mercados o de gobierno que impidan la satisfacción de los objetivos; (d) el reclutamiento y retención de personal administrativo, abogados y economistas calificados; (e) la inversión regular y sustancial en el acervo de conocimiento interno de la organización, colaborando con otras agencias públicas y con centros de investigación académica nacionales e internacionales; y (f) la recolección y difusión de información.

### (3) Priorización (y asignación de recursos)

Es importante la existencia de una planificación global y por programa que permita una priorización de tareas y asignación de recursos con sentido estratégico. Por priorización entendemos “ el proceso de trasladar los objetivos estratégicos en prioridades operacionales [lo cual] involucra, esencialmente, decidir cuáles proyectos o tipos de proyectos no hacer y cuáles proyectos o tipos de proyectos hacer” .<sup>104</sup>

La priorización es importante debido a que: (a) ayuda a la autoridad de competencia a llevar a la práctica los objetivos establecidos en el plan estratégico; (b) proporciona

---

<sup>104</sup> ICN (2010), p. 29.

un mecanismo para que la autoridad de competencia asigne sus recursos, siempre limitados, a los proyectos más relevantes; y (c) permite a la autoridad de competencia establecer un portfolio óptimo de las diferentes actividades que puede realizar.<sup>105</sup>

Varios pueden ser los criterios de priorización posibles de utilizar, los cuales no deben considerarse como parámetros fijos no susceptibles de ser flexibilizados si la realidad lo impone. Siguiendo en parte a la OFT (2008, pp.8-10), para la priorización de recursos en una autoridad de competencia puede tenerse en consideración, en términos generales, aspectos como los que se mencionan más abajo.

En primer lugar, se puede utilizar como criterio de priorización el efecto o impacto (o probable impacto) directo e indirecto en el bienestar del consumidor en un determinado mercado (que incluya no solo consideraciones de daño o eficiencia, sino también de disuasión). Para evaluar el impacto esperado de una determinada actividad o acción existen ciertos indicadores, tales como el tamaño del mercado de que se trate, para lo cual puede evaluarse el número de consumidores o el área geográfica involucrada. Igualmente, la utilización de ciertos parámetros de concentración (como en el caso de las fusiones) o de facturación de los agentes económicos involucrados (como en casos de abuso de posición dominante) puede dar una indicación del impacto esperable de la actividad en el mercado.

En segundo lugar, la priorización de proyectos puede realizarse en base a la significancia estratégica que ésta tenga. Por ejemplo, una agencia de competencia puede

---

<sup>105</sup> ICN (2010), pp. 29-30.

considerar como estratégico el establecer o probar en la práctica nuevas aproximaciones legales o económicas. Igualmente, la construcción de una imagen de credibilidad institucional puede requerir adoptar cierto tipo de estrategias prioritarias. También, por razones estratégicas, se puede optar por focalizar esfuerzos, por ejemplo, en determinados tipos de conductas anticompetitivas por sobre otras.

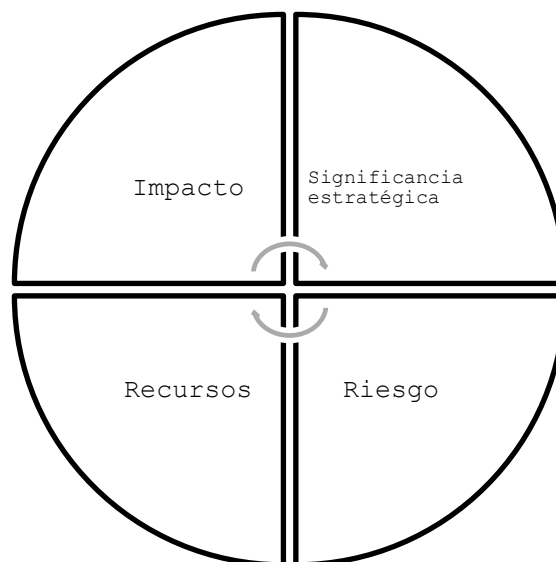
En tercer lugar, un criterio de priorización puede ser, en el caso de actividades que implican acciones legales de persecución, el riesgo o grado de probabilidad de un resultado exitoso ante la autoridad con poder resolutorio (si es el caso) o frente a una revisión judicial.

Finalmente, otro criterio de justificación puede ser la significación de la actividad en términos de los recursos comprometidos. Al respecto, la pregunta acerca de si los recursos requeridos son proporcionados en relación a los beneficios esperados es inevitable. Asimismo, el período en el cual los recursos se necesitarán también puede importar.

Estos criterios tienen una especial significancia en la conformación del portfolio de casos investigados y, eventualmente, llevados ante la autoridad o instancia resolutoria. Es recomendable, atendiendo, por ejemplo, a algunos parámetros ya aludidos, que la autoridad de competencia elija bien cómo distribuir su esfuerzo y que, para tal efecto, mantenga un portfolio variado. A modo ilustrativo, puede ser peligroso para una autoridad concentrar todos sus esfuerzos en un solo tipo de conducta o infracción. Asimismo, es recomendable tener en el portfolio casos de alto impacto que, eventualmente, puedan generar, en caso de tener éxito, un importante efecto disuasivo. Hay que sopesar,

igualmente, el riesgo de un resultado adverso. Es recomendable, también, llevar adelante casos que, aunque “pequeños”, puedan ser tremendamente útiles si, por referirse a materias sustantivas respecto a las cuales no existe un criterio jurisprudencial claro, se logra precisar alguna disposición legal y, por consiguiente, generar un mayor nivel de certidumbre respecto de aquello aceptable o no.

Figura N°3: Criterios de Priorización



Fuente: OFT (2008), Reino Unido.

#### (4) Política de comunicaciones

La efectividad de las funciones de una autoridad de competencia, incluida la planificación estratégica, depende en parte de cómo éstas son percibidas, tanto externa como internamente.

En el plano interno, el objetivo de la comunicación interna consiste en alinear al personal detrás de la estrategia de la agencia, dejando claro los roles, responsabilidades y prioridades. Por lo mismo, el conocer la importancia del trabajo individual para el éxito del proyecto global de la autoridad de competencia puede ayudar a promover un sentimiento de propósito común y, en último término, el compromiso y motivación.<sup>106</sup>

En el plano externo, la política de comunicación de una agencia se traduce, básicamente, en primer lugar, en estimular a las compañías a adoptar programas de cumplimiento preventivo ( “ compliance ” ); en segundo lugar, en la producción de publicaciones; y, en tercer lugar, en responder los requerimientos informativos de la prensa y en colocar activamente ciertos temas en ella.

Entre los argumentos a favor de una política de comunicación proactiva están los que se indican a continuación: (a) asegurar un mejor cumplimiento u observancia preventiva de la legislación, incluyendo el efecto disuasivo de acciones legales y de sanciones que se puedan imponer a actores del mercado; (b) reaccionar y contrarrestar los argumentos de poderosos grupos de interés contrarios a la aplicación general o concreta de la legislación de libre competencia; (c) ganar apoyo público y político para el desempeño de sus funciones generales y específicas relativas a algún caso, y justificar algún requerimiento por mayor cantidad de recursos físicos y jurídicos; y (d) incrementar la transparencia y “ accountability ” (y, en definitiva, legitimidad) de la agencia de competencia.

---

<sup>106</sup> ICN (2010), p. 23.



Entre las acciones mencionadas en el punto (a) anterior, están las iniciativas de información y educación, parte de la labor de “abogacía” de la competencia ( “advocacy” ), como se le conoce. Es importante tener en consideración, al respecto, que la comunicación debiera adaptarse en su contenido y forma según el grupo objetivo de que se trate. No debe descartarse la utilización, muchas veces, de conceptos simples de entender. La comunicación, en último término, será mejor o peor dependiendo de cómo ésta es percibida por el receptor. Las autoridades de competencia “necesitan evitar ser doctrinarias o paternalistas en sus comunicaciones, especialmente con los consumidores. Una aproximación pedagógica respecto de los beneficios de la competencia es necesaria (...) Honestidad y consistencia en la comunicación es esencial en orden a mantener una buena reputación” .<sup>107</sup>

Se ha mencionado que el efecto disuasivo de acciones legales en casos concretos y la eventual condena y sanción puede incrementarse a través de una comunicación efectiva por parte de la agencia de competencia. Esto es algo reconocido: “no hay disuasión si las intervenciones correspondientes de la agencia no son ampliamente conocidas” .<sup>108</sup> De hecho, la publicidad negativa derivada de la imposición de una sanción puede tener un importante efecto disuasivo. Como lo planteó, en su oportunidad, el delegado de Australia ante la OECD (2002, p.102), “la publicidad adversa acerca de las compañías estimula mucho el cumplimiento. Es fuertemente desagradable para los actores del mercado, [quienes], a menudo, lo ven como un pena y castigo adicional” .

---

<sup>107</sup> ICN (2009b), p. 28.

<sup>108</sup> ICN (2009b), p. 27.

El tema que es más discutido, sin embargo, es hasta qué punto debe ejercitarse una política de comunicación activa, respecto de casos concretos, durante la etapa de investigación o, en general, durante aquellos períodos previos a la dictación de una sentencia o resolución. Australia, en una sesión ante la OECD (2002, p.102), manifestó que “la más importante forma de comunicación consiste en elevar la conciencia a través de la publicidad de casos individuales (… ) [y que incluso] las cortes Australianas han dicho claramente que es altamente deseable que el regulador explique a la prensa cuáles son las alegaciones cuando los casos son iniciados en contra de alguna empresa (…)” . El delegado australiano manifestó que “sin perjuicio que el anuncio de una investigación puede dar lugar a que se concluya que la empresa involucrada es culpable de quebrantar la ley, es el rol del regulador presentar los hechos y permitir que las cortes alcancen una determinación ” .<sup>109</sup> No obstante esta apreciación, existen opiniones mucho más cautelosas respecto de la conveniencia de publicitar mucho un caso durante el período de investigación. Por ejemplo, en un seminario sobre efectividad de las agencias de competencia organizado por la ICN, se dejó constancia que hubo “una extensa discusión sobre la importancia de diseminar información en las investigaciones en la manera y oportunidad apropiada (sujeto, desde luego, a las reglas de confidencialidad). Varias agencias indicaron que un fracaso en transmitir adecuada información o transmitir demasiada información inoportunamente ha afectado sus investigaciones de una manera negativa, ha comprometido sus investigaciones hasta cierto punto, o ha perjudicado su reputación” .<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> OECD (2002), p. 102.

<sup>110</sup> ICN (2009b), p. 27.

Por último, puede resultar útil destacar la labor de una política comunicacional para hacer frente a la movilización, también comunicacional, de muchos grupos de presión que ven afectados o potencialmente afectados sus intereses. Irlanda enfatizó que “reaccionar y contrarrestar los argumentos de poderosos y bien financiados grupos de ‘lobby’ es un desafío mayor para la autoridad”.<sup>111</sup> En esto resulta útil considerar que uno de los desafíos de una política de comunicación es que las intervenciones de una agencia de competencia suelen tener beneficios de largo plazo en el bienestar de los consumidores, pero efectos adversos en el corto plazo para uno u otro grupo. El impacto de la intervención de una agencia es a menudo complejo y difícil de explicar para el hombre de la calle.<sup>112</sup> Sobre el particular conviene recordar el cuadro de Wilson (1980) explicado en el capítulo anterior. En él se distingue entre costos y beneficios concentrados o dispersos para evaluar y predecir el comportamiento e influencia mayor o menor de grupos de interés o presión, muchos de los cuales están interesados en defender un statu quo beneficioso para ellos, pero perjudicial para el resto de la población.

---

<sup>111</sup> OECD (2002), p. 105.

<sup>112</sup> ICN (2009), p. 27.



## CAPÍTULO 4

### DISEÑO INSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA: RELACIONES HORIZONTALES

Para identificar y evaluar las tendencias y opciones de diseño institucional existentes se ha propuesto como marco de análisis uno en el cual se distingue entre relaciones verticales y horizontales, además de aquellas que miran al interior de una agencia de competencia. El primer tipo de relaciones verticales tiene como objeto de análisis a la autoridad de competencia en su vinculación “hacia arriba” con las autoridades gubernamentales, lo cual da lugar al examen de la independencia de las agencias de competencia. En el segundo tipo de relación vertical se evalúa el tema de la revisión judicial y su justificación, lo cual nos remite, entre otros tópicos, a las opciones de estructura institucional desde la perspectiva de las funciones de fiscalización e investigación y de adjudicación o resolución. Además de las relaciones ya señaladas, en el capítulo anterior también se analizaron temas relativos a la estructura y gestión organizacional interna de una agencia de competencia. Junto a las relaciones de carácter vertical, hemos identificado aquellas que hemos agrupado como propia de relaciones horizontales. Para tal efecto, se procederá, en primer lugar, al estudio de las interrelaciones entre una autoridad de libre competencia con organismos reguladores sectoriales. En seguida, se abordará la relación institucional que puede existir entre la protección de la libre competencia y la protección del consumidor.

## 1.- Relación horizontal 1: interrelación entre una autoridad de defensa de la competencia y organismos reguladores sectoriales

El objetivo de esta sección consiste en analizar la influencia de regulaciones sectoriales específicas en la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia.

Puede ser conveniente, en el comienzo, hacer algunas distinciones conceptuales respecto de distintos tipos de regulación, incluyendo la de libre competencia. En primer lugar, cuando se habla de regulación de libre competencia o de protección de la competencia se está haciendo referencia al control de conductas anticompetitivas y de operaciones de concentración (fusiones). En segundo lugar, cuando se alude a la regulación de acceso, se está apuntando a las reglas que aseguren un acceso no discriminatorio a bienes o infraestructuras necesarias, especialmente aquellas de red. En tercer lugar, cuando se hace mención a regulación económica, se está pensando en aquella reglamentación en virtud del cual se controlan precios o tarifas de, en general, monopolios naturales. Finalmente, hay que distinguir el concepto de regulación técnica, la cual dice relación con el establecimiento y monitoreo de estándares dirigidos a asegurar la seguridad, la compatibilidad y la protección ambiental, entre otras cosas.<sup>113</sup>

Regulaciones sectoriales específicas existen en un gran número de sectores económicos. En muchos mercados la competencia no es sustituta de la regulación sectorial existente. En efecto, en muchos mercados regulados la opción

---

<sup>113</sup> Ver OECD (1999), p. 8.

por descansar únicamente en una regulación de libre competencia, no ha prosperado.

Es importante tener presente que una regulación sectorial y una de libre competencia opera de manera diferente. En primer lugar, los reguladores sectoriales generalmente adoptan una aproximación prescriptiva “ex ante”, mientras que las autoridades de competencia, excepto en la importante área del control de fusiones, tienen una aproximación “ex post”. En segundo lugar, los reguladores sectoriales intervienen más frecuentemente y requieren un continuo flujo de información de las entidades reguladas, mientras que las autoridades de competencia descansan más en las denuncias que reciben, recabando información sólo cuando es necesario. Por último, a los reguladores sectoriales específicos suele asignárseles un rango de objetivos más amplio que los que se les piden a una agencia de competencia.<sup>114</sup>

A modo ilustrativo, muchos sectores liberalizados sujetos a regulación económica suelen seguir requiriendo el continuo monitoreo de la autoridad pertinente, la cual debe administrar, muchas veces, la entrada a los mercados, el acceso a las redes o instalaciones esenciales de carácter monopólicas y el control de precios.

Algunos típicos sectores sujetos a regulación económica son aquellos tales como la distribución y suministro de agua potable y servicios sanitarios, la transmisión y distribución eléctrica, y con mucho menos intensidad (dado el avance tecnológico) el sector de las telecomunicaciones.<sup>115</sup> En este

---

<sup>114</sup> OECD (1999), p. 9.

<sup>115</sup> Debe quedar claro que en este tipo de sectores sólo un segmento de los mismos está sujeto a regulación económica, de acceso y técnica.

tipo de sectores, en los cuales se suele aspirar a que se desarrolle la competencia en la medida de lo posible, la competencia puede concebirse, aunque no como sustituto, sí, muchas veces, como un complemento de la regulación sectorial. De hecho, autores como Ariño Ortiz (2004) hablan de regulación para la competencia o de competencia regulada.<sup>116</sup>

En otros sectores, tales como el del transporte público urbano o el de disposición de residuos domiciliarios, por nombrar algunos, el objetivo de la regulación es, a menudo, limitar la competencia debido a la existencia de fallas de mercado relacionadas, entre otras, con la utilización excesiva de ciertos recursos o espacios escasos.<sup>117</sup>

Por último, en algunos sectores el objetivo de la regulación no es ni promover ni limitar la libre competencia, sino la promoción de algún otro objetivo de interés público. Un ejemplo de esto es la protección de los consumidores en razón de problemas de información y de seguridad. Ilustrativo de lo anterior es la oferta de bienes o servicios fraudulentos

---

Dichos segmentos son aquellos que tienen características de monopolios naturales.

<sup>116</sup> López de Castro y Ariño (2003, p.11) recalcan que “la búsqueda del mejor medio para alcanzar el objetivo de la eficiencia económica y el buen servicio al ciudadano no se plantea como un dilema entre competencia perfecta, que es imposible, *versus* regulación perfecta, igualmente inalcanzable. El nuevo modelo de regulación para la competencia consiste precisamente en esto: en introducir una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que ésta sea posible y en revisar o reformar el sentido de la regulación orientándola a la re-creación del mercado. Así, competencia y regulación no son antitéticas sino complementarias, como lo demuestra la experiencia británica y norteamericana”.

<sup>117</sup> Para una explicación general del fenómeno de las fallas de mercado ver, entre otros, a Mankiw (1998). Para una justificación teórica de por qué la liberalización y la competencia no funciona en el servicio de transporte público urbano ver a Díaz, Gómez-Lobo y Velasco (2004).



o de productos peligrosos, como en la industria de los alimentos.<sup>118</sup>

Ahora bien, el hecho que en muchos sectores exista una regulación sectorial específica no necesariamente los exime de la aplicación de una regulación de libre competencia, la cual, en algunos casos, como ya se adelantara, puede constituir un complemento a la primera.

Para evaluar esta interacción entre libre competencia y regulación (incluyendo a las autoridades regulatorias) se procederá, en primer lugar, a describir la típica conducta conocida por organismos de libre competencia referida a sectores regulados, la cual dice relación con el aprovechamiento anticompetitivo de la posesión de instalaciones esenciales en servicios económicos básicos en red en donde la regulación de acceso no existe o es insuficiente. En segundo lugar, se abordarán diversas situaciones según el grado de aplicación de la normativa de libre competencia de acuerdo a la aspiración por prevalencia en relación con una normativa regulatoria específica. En tercer lugar, se analizará el tema de las autoridades públicas como agentes susceptibles de cometer infracciones a las normas sobre libre competencia. En cuarto lugar, se explicará el tema de las excepciones a la libre competencia y la llamada defensa por conducta regulada. Y, en quinto lugar, se señalarán diversas posibilidades de coordinación institucional.

---

<sup>118</sup> Para esta clasificación tripartita entre regulaciones que promueven la competencia, las que limitan la competencia, y las que buscan la satisfacción de otros objetivos de interés público distintos de la competencia, ver ICN (2004b).

### 1.1. Conducta habitual conocida por organismos de libre competencia referida a sectores objeto de regulación económica

En el área de los servicios económicos básicos en red o de los que Fernández (2003) denomina servicios esenciales económicos en red, la conducta paradigmática en la cual las autoridades de competencia pueden llegar a aplicar la normativa de libre competencia es lo que podría considerarse como el aprovechamiento anticompetitivo de la posesión de instalaciones esenciales en los servicios aludidos.

Sobre la materia recién aludida, se abordará, en primer lugar, y a modo de introducción, la justificación y naturaleza de la regulación de los servicios económicos básicos en red, para, con posterioridad, tratar el tema central del riesgo de conductas exclusorias por parte de quien tiene el control de una instalación esencial, ámbito en el cual suele presentarse, a nivel de conducta, esta relación entre competencia y regulación.

#### a) Justificación y naturaleza de la regulación de servicios económicos básicos en red

En primer lugar, ellas requieren tecnologías específicas que implican cuantiosas inversiones sólo recuperables después de un largo tiempo (inversiones hundidas o de difícil recuperación). En segundo lugar, este tipo de industrias presentan aspectos propios de los monopolios naturales (economías de escala y de ámbito) en que los costos fijos (aquellos en que es necesario incurrir cualquiera sea el volumen de producción) son elevados dado el nivel de demanda, lo que suele justificar (por los menores costos) la provisión del servicio por una sola compañía. Y, en tercer lugar, sus

productos o servicios son consumidos masivamente por clientes usualmente cautivos (demanda inelástica).

De las características anotadas se derivan ciertos desafíos. Así, de la existencia de enormes inversiones se aprecian los desafíos de obtener financiamiento, de administrar eficientemente un negocio complejo; y de reducir o redireccionar subsidios del sector público históricamente implícitos en las tarifas que cobraban las empresas públicas que solían prestar el servicio. De las economías de escala y de la existencia de clientes cautivos nacen otros desafíos tales como el desafío de evitar el abuso de precios; el desafío de tener un servicio de calidad; y el desafío de evitar la interferencia política.<sup>119</sup>

De los desafíos aludidos nacen, a su vez, ciertas políticas regulatorias. En efecto, de aquellos desafíos derivados de la característica de existir enormes inversiones, la respuesta regulatoria ha sido la participación del sector privado. Y los desafíos originados en el hecho de existir economías de escala y clientes cautivos se han enfrentado, fundamentalmente, a través de una regulación externa (en general por entidades administrativas con ciertos grados de autonomía) por la cual se controlan precios y calidad, y por medio de una regulación pro-competitiva o basada en las fuerzas del mercado que implique el aprovechamiento de los espacios de competencia o presiones competitivas existentes.

b) Riesgo de conductas exclusorias por parte de quien tiene el control de una instalación esencial

---

<sup>119</sup> Ver Guash y Spiller (1999).

Como se adelantó previamente, en sectores regulados en donde conviven segmentos potencialmente competitivos con aquellos naturalmente monopólicos, la empresa que tiene una posición dominante en un mercado podría explotar aquella posición para comportarse anticompetitivamente en el mercado relacionado para el cual el acceso al servicio o producto de aquel con posición dominante en el primer mercado es esencial. En efecto, podría suceder que el acceso no discriminatorio a la instalación o infraestructura esencial no estuviera garantizado por la regulación sectorial, dando lugar a una negativa de venta o a un suministro discriminatorio por parte de la empresa dominante, y que también compite en el mercado colindante, en relación con su competidor en este último mercado.<sup>120</sup>

Tal como lo ilustran Van Bael y Bellis (2005, p.955) al citar el caso *Sea Containers v. Stena Sealink*, “una empresa que ocupa una posición dominante en la provisión de una instalación esencial y utiliza ella misma tal instalación (por ejemplo, una instalación o infraestructura sin cuyo acceso los competidores no pueden proveer el servicio a sus clientes), y que rechaza el acceso de otras compañías a esa instalación sin una justificación objetiva u otorga acceso a sus competidores solamente en términos menos favorables que aquellos otorgados

---

<sup>120</sup> Varios temas situados en el núcleo de una regulación sectorial pueden ser trasladados hacia el derecho de la competencia (por ejemplo, el acceso a los mercados). Como se señala, el acceso en industrias de redes puede también ser abordado por la política de competencia utilizando la doctrina de las instalaciones esenciales ( “essential facilities” ). La existencia de la denegación de acceso o de prácticas discriminatorias o de subsidios cruzados son herramientas que suele utilizar un monopolista poseedor de una facilidad esencial para superar anticompetitivamente la competencia que éste enfrenta en el mercado colindante.

para sus propios servicios, infringe el Artículo [82] si las otras condiciones del Artículo [82] son cumplidas” .<sup>121</sup>

Hay que tener presente que casos de instalaciones esenciales, efectivamente, pueden surgir en mercados recientemente liberalizados. Tal como se manifiesta en Faull y Nikpay (2007, p.359), “ casos de instalaciones esenciales pueden también surgir en mercados liberalizados, donde antiguos monopolistas aún mantienen la propiedad de la infraestructura necesaria para nuevos entrantes en el mercado. Este es el caso del mercado de las telecomunicaciones, donde los operadores dominantes de telecomunicaciones son dueños de sus propias redes, así como los mercados de energía, donde antiguos monopolistas controlan las líneas, tuberías, y otras instalaciones para cuyo acceso es requerido en orden a competir en el mercado de la distribución eléctrica. La Comisión [de competencia] ha adoptado una Directriz sobre la aplicación de las normas de competencia para los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones, lo cual clarifica como se intenta aplicar el Artículo 82 a estos temas” .<sup>122</sup>

1.2. Grado de aplicación de la normativa de libre competencia según la aspiración por prevalencia en relación con una normativa regulatoria específica

---

<sup>121</sup> Ver Containers v. Stena Sealink - Interim measure, OJ 1994 L15/8, considerando 66. Ver también la Directriz sobre la aplicación de las normas de Competencia para los acuerdos de acceso en el sector de telecomunicaciones, OJ 1998 C265/3, considerando 68.

<sup>122</sup> En la actual legislación europea, la referencia al artículo 82 debe entenderse hecha al artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Pueden existir casos de prevalencia explícita de la legislación de libre competencia o de la regulación sectorial específica, en cuyo caso disminuirá la posibilidad de conflicto, o bien situaciones de conflicto entre una u otra normativa derivadas de la existencia de un conflicto legislativo patente o, de la ausencia de una normativa que aclare los contornos competenciales entre los dos tipos de legislaciones. En este último caso, sin embargo, la posibilidad de conflicto debiera ser menor. En efecto, si la regulación sectorial no aborda la materia de que se trate, podría existir espacio para la aplicación de la legislación de libre competencia, la cual operaría como regulador residual. A continuación, este trabajo ilustrará aquellos casos de prevalencia explícita de normas sobre libre competencia o de normas regulatorias sectoriales, y aquellas situaciones de contradicción o conflicto entre una regulación sectorial específica y una regulación de libre competencia.

a) Prevalencia explícita de normas sobre libre competencia o de normas regulatorias sectoriales

Una primera posible situación consiste en que exista de manera expresa una remisión particular o general a los organismos de libre competencia para que ellos se pronuncien sobre determinados aspectos relativos a los ámbitos sujetos a regulación sectorial especial.

En el caso de Chile, por ejemplo, no existe una remisión general explícita que sugiera la prevalencia de las normas sobre libre competencia en el ámbito de los sectores regulados. No obstante, sí existen remisiones particulares, dos de las cuales, a modo ilustrativo, se enuncian a continuación: (i) artículo 29, inciso 2º de la Ley General de

Telecomunicaciones N°18.168 de 1982: se le otorga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la potestad de informar si existen condiciones de competencia que ameriten o no libertad tarifaria; y (ii) artículo 147 de la Ley General de Servicios Eléctricos (DFL N° 4, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción): se faculta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para informar acerca de aquellos servicios no consistentes en suministro de energía que requerirán de fijación tarifaria.

En el caso de Australia, por ejemplo, una ley no puede operar o interpretarse de modo de exceptuar a una conducta de la legislación sobre libre competencia, a menos que se encuentre específicamente autorizada por aquella ley.<sup>123</sup>

En el caso de la Unión Europea, un Estado Miembro, se trate de la legislatura, el ejecutivo o una autoridad regulatoria, no puede adoptar una regulación que fuerce o incentive a una empresa a violar la legislación de libre competencia europea. Por ejemplo, una autoridad regulatoria no puede aprobar o autorizar cualquier mecanismo de fijación de precios que sea tan excesivo que resulte contrario al Artículo 102 del Tratado fundante de la Unión Europea. Si un Estado Miembro adoptara tal regulación contraria a la legislación europea, dicha regulación debería ser inaplicable por todas las autoridades de los Estados Miembros, incluyendo una autoridad de competencia, una autoridad regulatoria o una corte de justicia.<sup>124</sup> Lo anterior, evidentemente, no obsta a que existan ciertos casos de exclusión o exención específicas

---

<sup>123</sup> Ver lo dispuesto en la Sección 51(1) de la Trade Practices Act. Para una lista de las legislaciones que contemplan autorizaciones específicas ver: <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/688173> .

<sup>124</sup> OECD (2011), p. 35.

a la legislación de libre competencia, tal como se verá más adelante.

Estados Unidos también presenta casos de prevalencia explícita de la legislación de libre competencia. Un ejemplo de aquello se encuentra en la legislación de telecomunicaciones de dicho país, en virtud de la cual se dispone que “nada en esta ley o en las modificaciones realizadas por esta ley implicará modificar, perjudicar, o sobreponerse a la aplicabilidad de cualquier ley antimonopolios”.<sup>125</sup>

La prevalencia de una legislación por sobre otra puede estar plasmada a nivel legislativo o estar respaldada por decisiones jurisprudenciales. Para ilustrar lo anterior, a continuación se reseñarán dos decisiones de cortes de justicia de jurisdicciones diferentes que, en un sentido opuesto, fijan ciertos contornos respecto de la prevalencia o no de una legislación de libre competencia.

Reafirmando su aspiración por prevalencia, la Comisión Europea multó al operador alemán de telecomunicaciones, Deutsche Telekom, por incurrir en un abuso de posición dominante,<sup>126</sup> a través de la conducta de compresión de márgenes por medio del cobro de cargos de acceso a mayoristas a la red fija en relación con sus cargos de acceso a los usuarios finales. Sin perjuicio que la autoridad regulatoria alemana había regulado el precio de los cargos de acceso a clientes mayoristas, la Comisión condenó a Deutsche Telekom, a pesar

---

<sup>125</sup> La Sección 601(b)(1) de la Telecommunications Act de 1996 dispone, en su idioma original, que “nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws”.

<sup>126</sup> Artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.



del argumento del imputado de carecer de la posibilidad de autonomía en relación al cobro de los cargos de acceso a dicho tipo de clientes. La Comisión sostuvo que la aludida empresa sí gozaba de autonomía en relación al cobro de los cargos de acceso a clientes finales, lo cual era lo que, en definitiva, permitía consumir la conducta exclusoria prohibida y, en definitiva, ser multado en aplicación a la normativa sobre libre competencia.<sup>127</sup>

En el mismo mercado, pero adoptando una posición diferente, la Corte Suprema norteamericana fue confrontada con una situación donde el regulador federal y estatal de Telecomunicaciones (la FCC y New York ' s Public Service Commission, respectivamente) habían intervenido, en virtud de la legislación federal de Telecomunicaciones de 1996, para asegurar que Verizon cumpliera con las obligaciones de proporcionar acceso a su red a sus competidores.<sup>128</sup> De hecho, dichas agencias reguladoras multaron a Verizon por incumplir lo impuesto. En virtud de una acción privada por daños y perjuicios interpuesta por un cliente de una empresa competidora de Verizon, se discutió si la conducta de la empresa multada por el regulador sectorial también constituía una infracción a la legislación de libre competencia de EE.UU. Siguiendo en esto la síntesis de Hovenkamp (2005, p.237), la Corte Suprema sostuvo que el valor de aplicar la legislación de libre competencia en un mercado sujeto a regulación sectorial debe ser determinado en consideración a dos preguntas fundamentales indicadas a continuación. Primero, ¿

---

<sup>127</sup> La decisión de la Comisión fue confirmada por el Tribunal de Primera Instancia y, finalmente, por la Corte Europea de Justicia (Deutsche Telekom v. European Commission, caso C-280/08P [2010] ECR I-0000).

<sup>128</sup> Caso Verizon Communications Inc. v. Law offices of Curtis Trinko (540 US 398/07).

Cuán bien está una agencia regulatoria haciendo el trabajo de identificar y controlar daños producto de una situación anticompetitiva? La Corte sostuvo que mientras mejor lo haga, menor será el valor agregado susceptible de ser proporcionado por la aplicación de la legislación antimonopolios. Segundo, ¿Cuánta confianza tenemos de que la aplicación de la legislación antimonopolio mejorará la competencia en la situación en cuestión? Si la legislación de libre competencia resulta particularmente difícil de aplicar y, además, sujeta a error, entonces probablemente ocasionará más daño que beneficio en un régimen bien regulado. La Corte concluyó, respecto de la primera interrogante, que los reguladores estatales y federales habían hecho un trabajo adecuado de supervisión de las disputas por interconexión entre las compañías. Y, en relación a la segunda interrogante, la Corte manifestó que el argumento que en el ámbito de la libre competencia se conoce como “Doctrina de las Instalaciones Esenciales” y que el señor Trinko estaba invocando, sería especialmente susceptible de error. Como resultado, la aplicación de la legislación de libre competencia a un asunto ya regulado por organismos sectoriales no es probable que valga sus costos, concluyó la Corte Suprema de EE.UU.

b) Contradicción o conflicto entre una regulación sectorial específica y una regulación de libre competencia

La posibilidad de aplicación de la legislación de libre competencia por el organismo resolutorio correspondiente puede verse dificultado si la autoridad reguladora sectorial determina un curso de acción distinto de aquel deseado desde el punto de vista de la libre competencia. Hay que tener en consideración que la regulación sectorial puede tener

objetivos más amplios o distintos a los de la libre competencia. A modo ilustrativo, maximizar la inversión, cobertura e innovación tecnológica en un determinado sector podría implicar el sacrificio de la eficiencia y rivalidad en el corto plazo. Tal como ya se explicó al inicio de este trabajo, la libre competencia es un objetivo complejo y conflictivo no ajeno a tensiones y “trade offs”.<sup>129</sup>

Pueden existir, básicamente, dos hipótesis de conflicto. Un caso es aquel en que existe un conflicto legislativo patente entre la regulación sectorial o la de libre competencia. Otra situación que puede suceder es que aunque no exista una contradicción legislativa manifiesta, sí exista una contradicción en las decisiones producto de actuaciones concretas por parte de ambos organismos ante la presencia de espacios no regulados o imprecisamente regulados. En este último tipo de casos, puede ser útil tener presente dos consideraciones. Primero, la aplicación de la legislación de libre competencia no puede omitirse en virtud de que ésta constituye una verdadera regulación residual que opera ante la inexistencia de regulación sectorial explícita sobre el tema de que se trate. Y, segundo, debiera propenderse a una interpretación que permita maximizar la aplicación de ambas legislaciones. En lo que sigue, se hará referencia a la primera de las hipótesis

Para ilustrar la primera de las hipótesis, esto es, de casos en que existe un conflicto patente por cuál legislación aplicar: la normativa general de libre competencia o la normativa regulatoria sectorial, se recurrirá a un caso ocurrido en Chile.

---

<sup>129</sup> Para una explicación de estas tensiones ver a Monti (2008).

El caso de conflicto que se relatará es aquel en virtud del cual el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (corte especializada en el ámbito de la libre competencia), previo requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica (organismo administrativo de defensa de la competencia), ordenó a la Junta de Aeronáutica Civil modificar unas bases de licitación con el objeto de adjudicar siete frecuencias aéreas restringidas directas entre las ciudades de Santiago y Lima.<sup>130</sup> El objeto de tal medida consistió en favorecer la entrada de algún nuevo operador en dicha ruta, que tuviera la posibilidad de desafiar al actual operador (o “incumbente”) y, de este modo, introducir una presión competitiva que pudiera redundar en menores precios al usuario final y en mejoras en la calidad del servicio. Las modificaciones ordenadas implicaban que la Junta de Aeronáutica Civil debía procurar que, en una primera ronda de la licitación de frecuencias en la ruta Santiago-Lima ninguna línea aérea se quede con más del 75% del total de frecuencias existentes en dicha ruta, sumadas las disponibles y las asignadas en el pasado. A falta de interesados, se debía producir una segunda vuelta en la que la autoridad podría no aplicar la limitación antes mencionada.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia consideró que, en razón de que no existía competencia efectiva en la industria aérea en Chile, particularmente respecto de la ruta Santiago-Lima, debían modificarse sustancialmente las reglas que establece el Decreto Supremo N°102, de 1981, a fin de que se establezcan mecanismos de asignación de rutas aéreas internacionales restringidas que, además del factor de mejor oferta monetaria, considere criterios que, en cada caso,

---

<sup>130</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia N°81 de 16 de Enero de 2009, Fiscalía Nacional Económica v. Junta de Aeronáutica Civil.

propendan a la creación de las mejores condiciones de competencia entre todas las empresas interesadas en el servicio de transporte aéreo en la ruta respectiva.

La pretensión del Tribunal de dar prevalencia normativa a la legislación de libre competencia por sobre una norma reglamentaria específica (por mucho que pueda haber pugnado con la promoción de la competencia), fue desestimada por la Corte Suprema de Justicia conociendo de un recurso de reclamación (revisión judicial). En efecto, la Corte Suprema aclaró, en su considerando 7º, que “la Junta de Aeronáutica Civil no hizo más que dar fiel cumplimiento a la legislación vigente que resulta aplicable en la especie. Es el Decreto Supremo N° 102, por remisión del Decreto Ley 2564, el que establece que las frecuencias deben ser asignadas a la empresa que haya ofrecido la mayor cantidad de dinero” . La mencionada Corte subrayó, en su considerando 8º, que “encontrándose vigente dicha normativa, no le resulta posible al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenar la modificación de las bases en la forma que lo hizo” .<sup>131</sup>

Este caso de conflicto en la aplicación de dos normas jurídicas fue resuelto a favor de la normativa regulatoria sectorial, lo cual implicó una disminución del campo de acción de la legislación de libre competencia, a la cual se le atribuía, equivocadamente, prevalencia en razón de consideraciones constitucionales.

Este caso tan ilustrativo de conflicto en la aspiración de prevalencia de una normativa de libre competencia por sobre una de carácter sectorial, lleva a indagar en el tema de hasta qué punto los actos de autoridad o de entes públicos

---

<sup>131</sup> Corte Suprema de Chile, sentencia rol 1855-2009, de 15 de Junio de 2009.

constituyen un límite a la aplicación de una legislación de libre competencia, lo cual se abordará en el siguiente apartado.

### 1.3. Autoridades públicas como agentes susceptibles de cometer infracción a las normas sobre libre competencia: el caso de la Unión Europea

Son los Estados Miembros de la Unión Europea quienes determinan los servicios de interés general que deben existir en sus jurisdicciones, y, en términos generales, cómo ellos debieran ser regulados y provistos y, si lo consideran necesario, cómo deberían ser financiados. Como lo describe Maíllo González-Orús (2007, p.591) “ los Estados Miembros pueden elegir diferentes tipos de medidas, algunas de las cuales pueden ocasionar distorsiones a la competencia en el Mercado Común” . Por ejemplo, los Estados Miembros pueden decidir imponer obligaciones temporales de servicio público en varios operadores de mercado y al mismo tiempo otorgarles ciertos privilegios y potestades. Ellos también pueden considerar que la mejor manera de salvaguardar los servicios de interés general es otorgando derechos exclusivos a un solo operador, público o privado, requiriendo de tal operador que provea ciertos servicios universales en condiciones adecuadas y precios razonables. Cuando la provisión de estos servicios no es rentable, podría ser necesario proporcionar compensaciones financieras para aquellos obligados a suministrarlos: a través de un subsidio directo, el establecimiento de un fondo sectorial o el otorgamiento de un derecho exclusivo” .

Sintetizando el tratamiento europeo de la tensión entre ciertos objetivos económicos (en especial la eficiencia

económica) y objetivos sociales, Monti (2007, p.485) señala que “la Comunidad Europea ha manejado la relación entre los objetivos económicos del mercado interno con los objetivos sociales de la provisión de servicios públicos de tres formas: primero, sosteniendo que ciertos servicios públicos, en particular aquellos estrechamente asociados con el estado de bienestar (por ejemplo, seguridad social y mecanismos de seguros), caigan fuera del ámbito del derecho de la legislación de competencia; segundo, tolerando ciertos arreglos anticompetitivos cuando estos son necesarios para financiar la provisión de servicios públicos; tercero, imponiendo obligaciones mínimas de servicio público a ser provistas por todos los Estados Miembros”. El aludido autor plantea que las dos primeras aproximaciones permiten a los Estados Miembros implementar políticas nacionales para salvaguardar servicios públicos, mientras que la tercera aproximación establece obligaciones de servicio público a nivel europeo.<sup>132</sup>

Es posible identificar: (a) conductas excluidas del ámbito de acción de la legislación de libre competencia y (b) conductas que estando cubiertas por la regulación de libre competencia reciben, sin embargo, una excepción.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> Monti (2007), p.485. Lo notable, según Monti, son las dos siguientes características relacionadas: primero, la creencia que los servicios públicos pueden normalmente ser entregados a través de mercados competitivos, siendo la suspensión de la competencia excepcional; y segundo, el énfasis en la elección del consumidor como medio para monitorear la entrega del servicio.

<sup>133</sup> Ver a Monti (2007), p.486 y ss. Sobre el tema de las conductas excluidas y exceptuadas en materia de libre competencia ver, también, a Maíllo González-Orús (2007), Buendía Sierra (2005 y 2007) y Ortiz Blanco, et.al. (2008).

Respecto del primer caso (a), esto es, aquellas conductas excluidas de la aplicación de la legislación de libre competencia, es posible, a su vez, distinguir dos tipos de conductas: (i) aquellas que caen dentro de las prerrogativas esenciales del Estado (como actividades relacionadas con la defensa nacional), incluyendo actos de autoridad o de imperio (tales como la dictación de actos legislativos o administrativos); y (ii) aquellas llevadas a cabo por entidades públicas que, en razón de la actividad que realizan, no reciben el calificativo de actividades económicas y, por ende, no caen dentro del ámbito de acción de la normativa de libre competencia.

Enfocándonos en el segundo tipo de actividades (ii), resulta ilustrativo lo manifestado por la Corte Europea de Justicia en el caso Fenin. La situación que motivó el conflicto fue el reclamo de la Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (Fenin), una asociación de empresas que comercializaba equipos y productos médicos utilizados en hospitales españoles, en contra de veintiséis entidades públicas pertenecientes al sistema nacional de salud español, los cuales compraban a Fenin dichos productos o equipos. Fenin denunció ante la Comisión Europea ser víctima de un abuso de posición dominante al demorar dichas entidades públicas, de forma discriminatoria, el pago de las deudas para con la primera. La Comisión Europea desestimó la denuncia bajo el argumento de que las entidades administradoras del Servicio Nacional de Salud (SNS) no actuaron como agentes económicos cuando ellos compraron productos y equipos médicos. Fenin buscó la nulidad de la decisión ante la Corte Europea de Primera Instancia, la cual respaldó la determinación de la Comisión. Finalmente, el caso fue conocido por la Corte Europea de Justicia (o Tribunal de Justicia) la cual reafirmó



lo resuelto anteriormente por ambos órganos. En la parte doctrinaria esencial, en el párrafo 24 la Corte alude a lo alegado por la Comisión, la cual afirma “ que lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer productos o servicios en un mercado determinado, y no la actividad de compra en cuanto tal. Por consiguiente, considera que no cabe disociar la operación de compra del uso al que se destine el bien adquirido ” . Igualmente, en el párrafo 25, la Corte destaca y confirma la similar apreciación que tuvo el Tribunal de Primera Instancia, quien afirmó “que lo que caracteriza al concepto de actividad económica es la acción de ofrecer bienes o servicios en un mercado determinado ” . Finalmente, en el párrafo 26, la Corte valida lo resuelto por el Tribunal de Primera Instancia al señalar que éste “ deduce acertadamente de lo anterior que no procede disociar la actividad de compra de un producto del uso posterior que se dé a éste para apreciar la naturaleza de tal actividad de compra, y que el carácter económico o no del uso posterior del producto adquirido determina necesariamente la naturaleza de la actividad de compra” .<sup>134</sup>

Teniendo en consideración el desarrollo del caso aludido precedentemente, la Office of Fair Trading del Reino Unido (OFT, 2004a, p.1) ha manifestado que “la OFT es probable que cierre casos relativos a entidades públicas que estén envueltas solamente en comprar en un mercado particular y no involucradas en la provisión directa de bienes y servicios en tal mercado o en mercados relacionados [ ... ] La OFT es improbable que, en ausencia de circunstancias excepcionales, lleve adelante casos que conciernen a entidades públicas que estén envueltos en una mezcla de compra y provisión directa de

---

<sup>134</sup> Fenin v. Comisión de las Comunidades Europeas, caso C-205/03P, 11 de Julio de 2006, [2006] ECR I-6295, [2006] 5 CMLR.

bienes y servicios con objetivos no económicos, por ejemplo, objetivos que sean puramente sociales, medioambientales, o relacionados con la seguridad social” .<sup>135</sup>

Otro tipo de conductas la constituyen aquellas que estando cubiertas por la regulación de libre competencia reciben, sin embargo, una excepción, como en la situación signada en (b). Aquí nos estamos refiriendo a la excepción o defensa que establece el antiguo artículo 86(2), actual artículo 106(2) del Tratado fundante de la Unión Europea. Dicha disposición proporciona una defensa para aquellas empresas y Estados Miembros con el fin de proveer servicios públicos. Un claro ejemplo nos lo proporciona el caso Corbeau, en el cual con el fin de financiar un servicio postal universal para todos los ciudadanos belgas, el gobierno otorgó al Régie des Postes un monopolio sobre varios otros servicios postales rentables, en la creencia que los ingresos generados por aquella parte rentable del servicio solventaría el costo de proveer un servicio postal de carácter universal. Como lo recuerda Monti (2007, p.488), este método de financiamiento va en contra de la política de liberalización debido a que concede derechos monopólicos sobre mercados potencialmente competitivos. No obstante lo anterior, la Corte Europea de Justicia consideró aplicable el artículo recién mencionado.<sup>136</sup>

En efecto, y siguiendo la interpretación dada en el caso Corbeau, para que las leyes estatales se beneficien de esta excepción, lo siguiente debe ser demostrado: primero, que hay un servicio de interés económico general, para cuya concreción se ha designado a la empresa en cuestión; segundo, que los

---

<sup>135</sup> Para una explicación más amplia de la aplicación de las normas de libre competencia a las entidades públicas ver OFT (2011).

<sup>136</sup> Ver Caso C-320/91 Corbeau [1993] ECR I-2533, párrafos 14 a 16.

efectos anticompetitivos son necesarios para permitir que la empresa operadora asegure el desempeño del servicio de interés económico general bajo condiciones económicamente aceptables; tercero, que la empresa que proporcione el servicio sea capaz de ofrecer el servicio en cuestión eficientemente.<sup>137</sup>

Más allá de los casos de exclusión y excepción a la aplicación de la legislación de libre competencia explicados previamente, los cuales se refieren, fundamentalmente a casos de actividad estatal general de promoción social o no económica, en el segmento que sigue se destacará la situación menos clara de excepción por parte de actividades económicas particulares de servicios económicos básicos en red ( “utilities” ) sujetos a regulación sectorial especial.

#### 1.4. Excepciones a la libre competencia y la defensa por conducta regulada

El tipo de caso que se abordará a continuación, a diferencia de la discusión sobre la aplicación de las normas sobre libre competencia a autoridades o entidades públicas, o actividades económicas objeto de ayudas estatales con propósitos sociales, dice relación con agentes económicos (normalmente privados) los cuales aspiran a exculparse en virtud de haber actuado siguiendo o cumpliendo una normativa regulatoria específica. Esta clase de casos pone en discusión cómo manejar la intersección entre la regulación de servicios económicos básicos en red ( “utilities” ) y la legislación de libre competencia. En otras palabras, este tema permite acercarse a la discusión respecto de los límites en la

---

<sup>137</sup> Según Monti (2007), p.489, esta última condición fue introducida en el caso *Ambulanz Glöckner* [2001] ERC I-8089.

aplicación de la legislación de libre competencia a ciertas actividades económicas objeto de regulación económico - técnica del tipo de aquellas caracterizadas al inicio del presente acápite.

La defensa o excepción a la aplicación de una normativa de libre competencia, también conocida como “ Regulated Conduct Defense” , se emplea cuando la conducta de la empresa u organización ha sido mandada o dictada por una regulación sectorial específica. Ilustrativo de lo que es la Defensa de Conducta Regulada es lo manifestado por Canadá en la Conferencia Anual de la ICN celebrada en Seúl. En ella, la delegación de dicho país sostuvo que “las actividades que son reguladas no están sujetas directamente a la legislación de libre competencia de Canadá debido a la ‘Defensa de Conducta Regulada’ ( “RCD” ). La RCD protege una conducta que de otra manera estaría sujeta a la [referida] legislación, si la conducta es autorizada específicamente por una legislación provincial o federal válida. Hablando en términos generales, la RCD es una herramienta interpretativa desarrollada por las cortes para resolver aparentes conflictos entre dos leyes diferentes [...] La RCD se aplica, y la legislación [de libre competencia] resulta no operativa donde hay un conflicto operacional claro entre el régimen regulatorio y la legislación [de libre competencia]. Para determinar la aplicación de la RCD, es la conducta específica más que la industria en general la que es examinada” .<sup>138</sup>

En contraste con la situación descrita en el párrafo precedente, y como es esperable, las autoridades de competencia pueden intervenir o la legislación de libre competencia ser aplicada cuando el comportamiento de la

---

<sup>138</sup> ICN (2004a), pp. 20-21.

empresa u organización ha sido autónomamente decidido por ella.<sup>139</sup>

Puede, igualmente, darse un tercer escenario, como aquel en el cual la empresa u organización ha sido inducida a infringir la normativa de libre competencia, por ejemplo, en virtud de una guía o directriz administrativa. En este último caso, la circunstancia recién anotada puede ser tomada en consideración como atenuante al momento de la determinación de la sanción que se le imponga.<sup>140</sup>

Otro escenario en el cual la Defensa de Conducta Regulada ha recibido aplicación es en casos de fusiones u operaciones de concentración. En estas situaciones se ha aceptado como argumento a favor de la fusión el que las compañías fusionadas, aunque alcancen o incrementen poder de mercado, no serán capaces de dañar a otros debido a la existencia de regulaciones de acceso o precio que constreñirían la posibilidad para ejercitar o abusar de aquel poder de mercado.<sup>141</sup>

Como ha sido explicado en el documento de la OECD (2011, p.12), en la Unión Europea la Comisión no impone condiciones o remedios para aprobar operaciones de concentración si la regulación sectorial es considerada ser suficiente para impedir comportamientos anticompetitivos o efectos anticompetitivos como resultado de una fusión. En España, continua diciendo el Reporte, “las fusiones en el sector de gas y electricidad han sido desbloqueadas debido a que la regulación de acceso era suficiente para impedir cualquier

---

<sup>139</sup> Ver el caso de la Comisión contra Deutsche Telekom explicado en el apartado anterior.

<sup>140</sup> OECD (2011), p. 10.

<sup>141</sup> OECD (2011), p. 12.

abuso de posición dominante por parte de las partes fusionadas” .

En otro orden de cosas, hay que tener presente, como lo manifiesta la OECD (2011, p.12), que en sistemas de gobierno federal en donde la legislación de competencia tiene un nivel o jerarquía “superior” al de la legislación regulatoria estatal, la “Defensa de Conducta Regulada” igual puede ser aplicada con base en lo que suele denominarse “Doctrina de la Acción Estatal” o “State Action Doctrine” . En efecto, en general una legislación de competencia federal prevalece sobre la regulación estatal, sin embargo, de acuerdo con los principios de autonomía estatal y subsidiariedad, las Cortes en algunos países de la OECD permiten que una regulación adoptada en un nivel inferior sirva para exceptuarse de la aplicación de una legislación de competencia adoptada en un nivel superior.<sup>142</sup>

Hovenkamp (2004), explica la Doctrina de la Acción Estatal aludiendo al caso “Parker v. Brown” en el cual la Corte Suprema de EE.UU. ha sostenido que las leyes antimonopolios federales no han sido previstas para interferir demasiado sustancialmente con las decisiones por los Estados para eliminar la competencia en mercados particulares. Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener presente que la doctrina de la “Acción Estatal” ( “State Action” ) se aplica sólo a actividades que han sido compelidas por un Estado en caso que la conducta sea realizada por actores privados. Incluso más, cuando se utiliza la expresión “compeler” , la misma Corte Suprema ha manifestado que debe tratarse de una política estatal (sustitutoria de la competencia por medio de algún esquema regulatorio) “claramente articulada y

---

<sup>142</sup> OECD (2011), p. 13.

afirmativamente expresada” y “activamente supervisada” por la entidad regulatoria correspondiente, tal como se desprende del caso Midcal.<sup>143</sup>

No obstante lo mencionado, la situación norteamericana sobre la materia ha generado reclamos por mayor coordinación. En efecto, la Antitrust Modernization Commission (2007, p.v), ha señalado que debe mejorarse la coordinación entre las actividades de ejecución y cumplimiento ( “enforcement” ) entre los Estados y el Gobierno Federal. Como lo manifiesta dicha Comisión, la existencia de cincuenta Estados independientes encargados de hacer cumplir [la legislación de libre competencia] y de dos agencias federales puede, a ratos, resultar en incertidumbre y conflicto.

### 1.5. Opciones de coordinación institucional

Ya se ha explicado, con anterioridad, que la regulación sectorial y la legislación de libre competencia pueden tener objetivos similares. No obstante, las decisiones de ambas autoridades pueden afectar al mercado en virtud de la superposición jurídica o práctica de jurisdicciones. Para

---

<sup>143</sup> Sobre el particular, ver a Hovenkamp (2004), p.59. Igualmente, el mismo autor (2004, p.334), haciendo referencia a la situación de las municipalidades, ha manifestado que la excepción de “Acción Estatal” está basada en el hecho de que bajo la Constitución de EE.UU. los Estados individuales son al menos soberanos cualificados. Sin embargo, la Constitución no reconoce la soberanía de las municipalidades u otras subdivisiones gubernamentales tales como condados. Como resultado, estas subdivisiones tienen tanto poder regulatorio como los Estados en el cual están localizados. Por la misma razón, en el caso “Lafayette v. Louisiana Power & Ligth Co.” , 435 U.S. 389, 98 S.Ct.1123 (1978), se admitió la posibilidad de aplicación de la “Doctrina de la Acción Estatal” a las municipalidades en la medida en que exista una autorización estatal para regular un mercado en particular y exista alguien que activamente supervise tal delegación.

aliviar el riesgo de descoordinación existen varios mecanismos posibles.

Utilizando, en parte, la sistematización efectuada por la OECD (2011, p.44 y ss., y 2005a, p.7 y ss.) y por la ICN (2004b, p.6 y ss.), es posible distinguir tres áreas en virtud de las cuales se pueden clasificar los distintos mecanismos de coordinación: a) delimitación de la jurisdicción entre autoridades a cargo de la ejecución y cumplimiento de una regulación sectorial y de una legislación de libre competencia; b) cooperación entre las autoridades de competencia y las autoridades regulatorias sectoriales; y c) consistencia en la interpretación de las correspondientes legislaciones por la vía de la revisión judicial. A continuación se desarrollarán las tres áreas de coordinación entre la ejecución y cumplimiento de una regulación sectorial y de una legislación de libre competencia.

a) Delimitación de la jurisdicción entre autoridades a cargo de la ejecución y cumplimiento de una regulación sectorial y de una legislación de libre competencia

Son varios los mecanismos que pueden implementarse y que responden a lo que puede concebirse como una delimitación jurisdiccional entre autoridades de competencia y autoridades regulatorias sectoriales. Una alternativa es que una sola autoridad se encuentre, a la vez, a cargo de la regulación sectorial y de la libre competencia. Otra consiste en que existan diferentes autoridades a cargo de dichas áreas. Una tercera opción es que tanto las autoridades de competencia como los reguladores sectoriales tengan la facultad para velar por la libre competencia. Y, por último, existe la opción de que el regulador sectorial o el de libre competencia tengan,



sobre ciertas materias, derecho a veto o puedan emitir recomendaciones vinculantes respecto de la otra entidad. A continuación se analizarán estas cuatro opciones, con una especial consideración respecto de las ventajas y desventajas de que exista un esquema integrado o desintegrado para tratar los temas de libre competencia y de regulación sectorial.

(1) Una sola autoridad se encuentra a cargo de la legislación de libre competencia y de la o las regulaciones sectoriales (en particular aquellas relacionadas con servicios económicos básicos en red)

Este mecanismo constituye la más extrema pero completa forma de coordinación. Existen tres experiencias emblemáticas en donde existe una sola autoridad a cargo de la regulación sectorial y aquella de libre competencia: Australia,<sup>144</sup> Nueva Zelandia y Holanda.<sup>145</sup> Hay que tener presente, no obstante, que un modelo como el señalado debe poseer cooperación interna y supervisión jerárquica de modo de asegurar la integración necesaria para el logro de los similares aunque distintos objetivos.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Tal como se desprende de la presentación de Australia plasmada en ICN (2004b, p.11 y ss.), el régimen de dicho país tiene dos características: (i) la regulación económica y la técnica se encuentra separada; y (ii) la entidad que administra la regulación económica (Australian Competition and Consumer Commission - ACCC) es, también, responsable por la regulación de libre competencia (además de la protección del consumidor).

<sup>145</sup> Ver OECD (2011), p.44. Ver también, a Hilke (2006), p.21.

<sup>146</sup> OECD (2011), p.44.

(2) Diferentes autoridades a cargo de la ejecución y cumplimiento de la legislación de libre competencia y de las regulaciones sectoriales específicas

El modelo recién indicado tiene como principal ventaja el nivel de “expertise” o conocimiento técnico de aquella o aquellas entidades encargadas de la regulación (generalmente económica, técnica y de acceso) de servicios económicos básicos en red, así como, quizá, el mayor nivel de transparencia que implica tener agencias con objetivos claramente establecidos. Existen, sin embargo, varios riesgos de un modelo como el indicado precedentemente. En primer lugar, se puede generar conflicto y ausencia de consistencia y coherencia entre ambas agencias. Y, en segundo lugar, puede generarse un incremento en los costos.

Existiendo una o varias agencias distintas para tratar los aspectos regulatorios específicos y los temas de libre competencia, cabe plantearse cuáles son las ventajas o desventajas de que las entidades administrativas encargadas de la regulación sectorial específica se encuentren integradas o desintegradas. En otras palabras, ¿cuáles son los criterios y consideraciones para la existencia de un regulador uni-sectorial o de uno multisectorial?

Las ventajas de que una sola autoridad reguladora tenga potestad y responsabilidad sobre más de una industria es algo que debiera llamar a la reflexión.<sup>147</sup> En primer lugar, se pueden compartir ciertos recursos, tales como profesionales, administrativos e instalaciones. En países donde el “expertise” regulatorio es escaso, la existencia de un regulador multisectorial puede ser importante.

---

<sup>147</sup> En este tópico nos basaremos en Smith (1997c).

En segundo lugar, y en la medida de que se trate de industrias no muy diferentes desde el punto de vista regulatorio, puede producirse una transferencia de aprendizaje a lo largo de los sectores bajo control del regulador.

En tercer lugar, es común que se mencione como ventaja la reducción del riesgo de captura por parte de la industria regulada. A la industria le resultaría más difícil capturar a un ente de mayor envergadura.

En cuarto lugar, se señala que una entidad reguladora multisectorial reduciría el riesgo de captura política, lo que se explicaría, básicamente, por dos razones: (i) la interferencia política en una industria en particular podría ser percibida como un riesgo para todas las otras industrias reguladas por la autoridad multisectorial, lo cual tendría un efecto disuasivo, y (ii) la interferencia política, para tener efecto sobre una autoridad de mayor envergadura, debiera provenir no de cualquier autoridad, sino sólo de autoridades de alto nivel. Es decir, se reduciría el número de actores susceptibles de capturar políticamente a la institución. En contraste, podría argumentarse que el premio de capturar políticamente una autoridad de mayor envergadura incentivaría los intentos.

En quinto lugar, es razonable pensar que un regulador multisectorial reduciría el riesgo de distorsiones económicas que pueda producir un tratamiento disímil respecto de aspectos similares a industrias sometidas a una autoridad reguladora común y que son competidoras entre sí bajo ciertos aspectos. Por ejemplo, todas las industrias compiten por capital de inversión, e, incluso, en la provisión de algunas necesidades de los consumidores.

Finalmente, no puede perderse de vista que, a veces, las fronteras, bordes o límites de una determinada industria en relación a otra son muy difusos, en cuyo caso un modelo regulatorio de integración horizontal en el control puede ser interesante.

Desde luego, el modelo de integración sectorial horizontal a nivel de autoridad reguladora presenta, también, riesgos y carencias. Una primera desventaja que suele señalarse deriva de la preocupación de que un modelo como el anotado disminuya la focalización y “expertise” a nivel de las diferentes industrias en particular, las cuales podrán tener similitudes, pero también diferencias.

Un segundo tipo de argumento enfatiza el riesgo de que una falla del regulador pueda terminar repercutiendo en todas las otras industrias bajo su mando (falla regulatoria sistémica), riesgo que podría diversificarse de existir un modelo regulatorio uni-sectorial.

En tercer lugar, puede sostenerse que la existencia de varios reguladores sectoriales específicos permite experimentar con modelos diferentes. Aunque se trata de un concepto con una repercusión más amplia, algunos aluden a la noción de competencia regulatoria. Esto podría tener algún mayor sentido en sistemas regulatorios que recién comienzan.

En último término, se plantea que la existencia de un regulador multisectorial sólo sería apropiada para economías muy pequeñas.

(3) Las autoridades de competencia y los reguladores sectoriales pueden tener, ambos, la facultad de ejecutar y hacer cumplir la legislación de libre competencia ante

otro ente con la facultad de resolver o decidir el caso que se le somete a su consideración

Este modelo conocido como “concurrency power” (potestad conjunta) tiene en el Reino Unido su más claro ejemplo. En efecto, en dicho país la legislación de libre competencia (The UK ’ s Competition Act of 1998) proporciona potestades conjuntas a la Office of Fair Trading (OFT) y a varios reguladores sectoriales tales como aquellos encargados del área eléctrica, gas, telecomunicaciones, agua, ferrocarriles y aviación civil. Como principio general, no se permite en dicho país que la autoridad de libre competencia y la autoridad regulatoria sectorial puedan ejercer la función de llevar adelante un caso mientras la otra lo está haciendo. De hecho, antes de tomar acción debe operar un sistema de notificación o consulta a la otra entidad “concurrente” con el fin de que entre ellas se decida quien llevará adelante el caso. En caso que ambas entidades no lleguen a un acuerdo, será el Secretario de Estado respectivo quien determinará quien ejercerá las funciones.<sup>148</sup> Asimismo, los casos de fusiones son conocidos por la OFT, sin perjuicio que algunos de estos casos en el sector de agua potable y servicios sanitarios han sido vistos por la autoridad regulatoria respectiva.

#### (4) Derecho a veto o recomendaciones vinculantes

---

<sup>148</sup> La legislación del Reino Unido (Competition Act -Concurrency-Regulations 2004) establece los mecanismos para determinar cuál entidad debe llevar a cabo las funciones relevantes. Ese mismo año la OFT también emitió una guía titulada “Concurrent applications to regulated industries” , en la cual explica las directrices para asegurar la coordinación en el desempeño de las funciones conjuntas o concurrentes (OFT (2004b)).

Una posibilidad más limitada en sus alcances que la fusión de una autoridad de competencia con una entidad regulatoria sectorial es la posibilidad de ejercitar un derecho que implique pronunciarse con un carácter vinculante para la otra agencia. Un ejemplo de recomendación vinculante, lo cual es equivalente a un derecho a veto, se puede apreciar en el artículo 36 de la Ley de Competencia de El Salvador,<sup>149</sup> la cual dispone que “cuando se trate de concentraciones que son llevadas a cabo por agentes económicos sujetos a la fiscalización de cualquiera otra entidad fiscalizadora: Superintendencia del Sistema Financiero, Superintendencia de Pensiones, Superintendencia de Valores, Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; Autoridad de Aviación Civil, Autoridad Marítima Portuaria, la Superintendencia, deberá emitir opinión sobre su procedencia de conformidad a esta Ley. Esta opinión tendrá carácter vinculante para el ente fiscalizador.” .

b) Cooperación entre autoridades de competencia y autoridades regulatorias sectoriales

En el caso de que existan diferentes entidades a cargo de la ejecución y cumplimiento de la legislación de libre competencia y de la regulación sectorial, una forma de reducir los conflictos y, por ende, de aumentar los niveles de coordinación es a través de la celebración de acuerdos de cooperación formales, o bien, por medio del uso de técnicas

---

<sup>149</sup> Decreto Legislativo N°528, de fecha 26 de Noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial N°240, Tomo N°365, del 23 de Diciembre de ese mismo año, y reformada mediante Decreto Legislativo N°436 del 18 de Octubre de 2007, publicado en el Diario Oficial N°204, Tomo N°377, del 1 de Noviembre de 2007.

más informales. A continuación se enumerarán y explicarán los diferentes tipos de mecanismos de cooperación:

El primer mecanismo de cooperación que es posible mencionar es el establecimiento de acuerdos marcos o específicos (formales o informales) de cooperación o coordinación entre reguladores sectoriales y autoridades de competencia.

Si el regulador sectorial y la autoridad de competencia interactúan regularmente, un método para incentivar la coordinación y el intercambio de información consiste en formalizar dicha interacción. Un memorándum de entendimiento general o específico puede cumplir tal objetivo.<sup>150</sup>

Un ejemplo de acuerdo marco general de carácter formal es lo que ocurre en Irlanda. En dicho país, la legislación de libre competencia del año 2002, procura facilitar la cooperación, evitar la duplicación de actividades, y asegurar consistencia entre decisiones relacionadas con temas de competencia. Dicha legislación requiere que los acuerdos contengan los siguientes tipos de estipulaciones:<sup>151</sup> (i) una disposición que permita a cada parte facilitar información bajo su poder si ésta es requerida por la otra parte para el desempeño de sus funciones; (ii) una disposición que permita a cada parte abstenerse de desempeñar cualquiera de sus funciones en relación con un asunto en el cual la otra parte está desempeñando sus funciones; y (iii) una disposición en virtud del cual se requiere a cada parte consultar con la otra antes de desempeñar cualquiera de sus funciones en circunstancias donde el ejercicio respectivo por cada parte de

---

<sup>150</sup> Sobre este tema ver OECD (2005a) pp. 8-9.

<sup>151</sup> Ver sección 34(1) de la Competition Act of 2002.

sus funciones involucra la determinación de asuntos de competencia entre agentes económicos.

Un ejemplo de acuerdo informal ocurre entre el Departamento de Justicia de Estados Unidos y la Federal Communications Commission (FCC) en lo que se refiere a la revisión de fusiones. En efecto, la FCC ha adoptado la práctica de esperar que el Departamento de Justicia concluya su análisis de competencia antes de emitir un pronunciamiento, el cual puede sustentarse en estándares de interés público adicionales a los que utiliza el Departamento de Justicia. Por ejemplo, cuando el Departamento de Justicia ha desafiado una fusión cuyos condiciones terminan siendo acordadas por las partes, la FCC a veces incorpora dichos términos o condiciones dentro de sus propios requerimientos para aprobar la fusión.<sup>152</sup>

Una segunda posibilidad de lograr mayores niveles de coordinación y consistencia consiste en establecer la obligación (o, al menos, la práctica) de realizar consultas entre ambas instituciones ante ciertas circunstancias.

Un tercer mecanismo de cooperación consiste en la presencia de directivos de una agencia en el consejo directivo de la otra. Esta herramienta puede constituir un interesante vehículo para estimular el flujo de información sensible entre las agencias, así como para monitorear los acuerdos alcanzados entre ellas. Igualmente, la presencia de directivos de una entidad en el cuerpo directivo de la otra puede permitir construir puentes de colaboración y coordinación de mucho valor. Un ejemplo de lo anterior ocurre en Australia. En dicho país, la Australian Competition and Consumer Commission

---

<sup>152</sup> Hilke (2006), p. 29.



cuenta, además de cinco comisionados permanentes, comisionados asociados, entre los cuales pueden incluirse personeros de agencias regulatorias.<sup>153</sup>

Un cuarto tipo de cooperación es el establecimiento de entidades o instancias de coordinación superior conjunta. México, por ejemplo, cuenta con comisiones intersecretariales con representación de entidades regulatorias y autoridades de competencia.<sup>154</sup> Como reflejo de lo anterior, según lo manifestado por una delegación mexicana, “desde 1993, la Comisión de Competencia ha participado activamente en el diseño de la Ley de Telecomunicaciones y varias regulaciones relacionadas, principalmente a través de las comisiones intersecretariales pertinentes”.<sup>155</sup>

En quinto lugar, es posible mencionar la facultad de autoridades de competencia para emitir comentarios públicos sobre la aplicación de regulaciones.

Una potestad como la aludida precedentemente constituye una importante oportunidad para promover la competencia. Ilustrativo de este tipo de facultades es el artículo 14 de la Ley de Competencia de El Salvador, el cual en su letra h) contempla la facultad de la agencia de competencia para “informar a los Entes Reguladores, cuando producto de la investigación de una práctica anticompetitiva se determine que la causa o el problema tenga su origen en las regulaciones de dichos entes, a efecto que tomen las medidas correspondientes”. Una facultad semejante está establecida en la letra m) del mismo artículo antes citado, el cual establece la potestad

---

<sup>153</sup> Ver contribución de Australia en OECD (1999), p.107.

<sup>154</sup> Hilke (2006), p.24.

<sup>155</sup> Ver contribución de México en OECD (1999), p.183.

de la autoridad de competencia para “emitir, a requerimiento o de oficio, opinión sobre los procedimientos de contratación y adquisición públicos, en los que pudiere limitarse o impedirse significativamente la competencia”.

En Italia, por su parte, hay un caso en el cual el ente regulador del sector bancario (el Banco de Italia) tiene la obligación de responder por escrito a los comentarios públicos efectuados por la autoridad de competencia respecto de temas regulatorios.<sup>156</sup>

Una sexta forma de cooperación consiste en la realización de contactos, reuniones e intercambios de información. Una fuente de conflicto potencial entre una autoridad de competencia y un regulador sectorial puede ser la diferente información disponible para ambas entidades. Intercambio de información existe en la mayoría de los países, al menos en lo que a información pública se refiere. Sin embargo, es recomendable que la legislación permita el intercambio de información confidencial.<sup>157</sup>

En todos los sistemas es posible ver contactos informales e intercambio de visiones entre las autoridades de competencia y las entidades regulatorias sectoriales.<sup>158</sup> Las redes informales de amistad, las experiencias comunes y la afiliación política son medios habituales en virtud de los cuales las agencias coordinan su trabajo.<sup>159</sup>

Finalmente, en séptimo lugar, es posible anotar la vía del intercambio de personal entre un regulador sectorial y una

---

<sup>156</sup> Hilke (2006), p. 8.

<sup>157</sup> ICN (2004b), p. 6.

<sup>158</sup> ICN (2004b), p. 6.

<sup>159</sup> Hilke (2006), p. 29.

autoridad de competencia. La alternativa recién anotada, opere de manera unilateral o bilateral, puede mejorar significativamente el proceso de comunicación entre un regulador y una autoridad de competencia. Un ejemplo interesante de destacar es el intercambio de economistas entre la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de EE.UU. y la Federal Communication Commission (FCC) del mismo país. Una experiencia así permite incrementar el conocimiento, la comunicación y el entendimiento entre los economistas de ambas instituciones.<sup>160</sup>

c) Consistencia interpretativa de la legislación regulatoria sectorial y de la legislación de libre competencia a través de la revisión judicial

Otro importante medio para aminorar el conflicto entre la implementación de la legislación de libre competencia y la regulación sectorial es asegurar que ambas normativas sean interpretadas consistentemente, lo cual puede ser logrado, siguiendo a la OECD (2011, p.48), por medio de las siguientes técnicas:

Primero, asegurando un mecanismo de apelación o revisión judicial común en contra de las decisiones de ambas entidades. Este es el caso del Reino Unido, Francia y Bélgica, donde la apelación en contra de decisiones de las autoridades de competencia y algunas agencias regulatorias sectoriales son conocidas y resueltas ante la misma corte.

---

<sup>160</sup> OECD (2005a), p. 9.

Segundo, asegurando que la autoridad de competencia y la autoridad regulatoria pueda ser escuchada por jueces bajo la forma de “amicus curiae” .

Y, tercero, logrando que las autoridades de competencia adopten guías interpretativas clarificando preventivamente la aplicación de la legislación de libre competencia en los sectores regulados. Un ejemplo de lo anterior es la dictación de guías por parte de la Comisión Europea respecto de la aplicación de la política de competencia en los sectores de telecomunicaciones y servicios postales. Este sería, también, el caso de Japón en los sectores de electricidad, gas y telecomunicaciones.

## **2.- Relación horizontal 2: interrelación institucional entre libre competencia y protección del consumidor**

Como se ha visto, en el diseño institucional de una autoridad de competencia es posible considerar varias opciones, las cuales se han ordenado distinguiendo, en general, la gestión organizacional interna, las interrelaciones verticales, tanto en relación a la autoridad central, como en lo referente a la revisión judicial, y las relaciones horizontales, para lo cual se ha distinguido entre la vinculación entre las autoridades de competencia con los organismos reguladores sectoriales y, ahora, la interrelación sustantiva y orgánico-institucional entre las libre competencia y la protección del consumidor. En una primera parte, se abordarán, brevemente, los puntos comunes y las diferencias, muchas veces sutiles, entre ambas áreas, las cuales, por de pronto, se encuentran vinculadas en virtud del común deseo de corregir fallas de mercado y de incrementar el bienestar de los consumidores. En una segunda parte, se

analizará hasta qué punto resulta conveniente o no integrar las responsabilidades propias de la política de competencia y de la política de protección a los consumidores bajo una misma institución.

## 2.1. Aspectos sustantivos de la interrelación entre libre competencia y la protección al consumidor

Es cierto que la libre competencia puede tener diversos objetivos, tales como la protección de pequeños competidores o la promoción de alguna determinada política industrial, por nombrar algunos. No obstante, el objetivo más recurrentemente declarado ha sido el del incremento del bienestar del consumidor. En este sentido, se dice que la política de competencia y la de protección de los consumidores tienen una meta en común.<sup>161</sup>

Como bien es aseverado por Kovacic (2007a, p.115), “las leyes de protección del consumidor son importantes complementos de la política de competencia”. En el primer capítulo de este trabajo se subrayó la estrecha vinculación entre la libre competencia y la protección del consumidor. De hecho, más allá de la discusión respecto de si la legislación de libre competencia debe o no tener como parámetro el bienestar del consumidor en sentido estricto o el bienestar del consumidor en sentido amplio,<sup>162</sup> “todos están de acuerdo

---

<sup>161</sup> OECD (2008c), p.9.

<sup>162</sup> Esta protección general del bienestar del consumidor en sentido amplio, tal como Bork (1978) lo menciona, es equivalente a lo que hemos descrito como “bienestar total”. Lo anterior es sin perjuicio del vigoroso debate acerca de si los consumidores se benefician porque la eficiencia asignativa se incrementa y quien obtiene el excedente no es importante, o de si el excedente debe beneficiar directamente a los consumidores.

ahora en que las leyes antimonopolios protegen a los consumidores” .<sup>163</sup>

No obstante la común protección de los consumidores que puede inspirar a ambos tipo de legislaciones, éstas abordan dicho objetivo desde diferentes perspectivas. La libre competencia se aproxima desde el lado de la oferta del mercado, en cambio, la protección del consumidor lo hace desde el lado de la demanda. Como lo plantea Leary (2007, pp.1147-1148), ambas legislaciones intentan solucionar los problemas suscitados por distorsiones o fallas en el mercado. Las infracciones a la libre competencia, como la fijación de precios o las prácticas de exclusión, distorsionan el lado de la oferta del mercado ya que restringen la oferta y elevan los precios. Las infracciones a la protección del consumidor, como la publicidad engañosa, distorsionan el lado de la demanda debido a que ellos crean la impresión de que un producto o servicio vale más de lo que realmente es.

En otras palabras, cuando se dice que la libre competencia ataca las imperfecciones del mercado desde el punto de vista de la oferta, se está diciendo que a través de un mayor grado de competencia los consumidores tendrán un mayor rango de opciones de bienes y servicios donde elegir. En contraste, las políticas de protección del consumidor tienen una aproximación al mercado desde el punto de vista de la demanda en el sentido de que se pretende que los consumidores sean capaces de ejercitar inteligente y eficientemente las opciones que la competencia provee.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> Ver a Marsden y Waller (2010b), p.26.

<sup>164</sup> Debe recordarse que la política de protección del consumidor aborda, entre otras cosas, la información asimétrica entre vendedores y compradores, la publicidad falsa y engañosa, así como cláusulas contractuales que no son entendibles o bien que son desproporcionadas.

Mientras el primer tipo de políticas analiza el mercado relevante en su integridad, el segundo se enfoca en un aspecto específico: la transacción en sí misma.

Además de sus diferentes aproximaciones respecto del mercado, existen otras diferencias entre las políticas de competencia y de protección del consumidor. Siguiendo en esto a la OECD (2008c, p.10), es posible, en primer lugar, sostener que la política de protección al consumidor es más diversa que la política de competencia. La primera consiste en algo más que lograr que los mercados funcionen. Incluye, por ejemplo, el impedimento y la reparación de conductas fraudulentas, así como la protección de los consumidores ante productos inseguros.

Asimismo, las medidas para hacer cumplir la política de competencia suelen ser más dispersas. En efecto, la ejecución y cumplimiento de la política de competencia tiende a concentrarse en una sola agencia de competencia, sin perjuicio de algunos roles que, a veces, pueden desempeñar ciertos organismos reguladores y los privados víctimas acciones anticompetitivas. En el caso de la política de protección al consumidor no sólo puede existir una agencia encargada de su ejecución y cumplimiento, sino que otras entidades gubernamentales pueden ser, también, activas en abordar la materia.

Igualmente, los casos de libre competencia son típicamente menores en número y más amplios en cuanto a su ámbito, afectando a mercados enteros. Los casos de protección al consumidor son más numerosos y más estrechamente focalizados, involucrando, a veces, prácticas específicas llevadas a cabo por una sola empresa.

Además, cabe hacer presente que las entidades encargadas de proteger la libre competencia y la protección de los consumidores poseen diferentes herramientas a su disposición para hacer frente a las violaciones a sus respectivas leyes. Los instrumentos disponibles para las agencias de competencia son más contundentes aunque menos precisos, tales como la imposición de multas o la prohibición de realizar o seguir realizando una conducta anticompetitiva. En cambio, los remedios disponibles para las agencias de protección al consumidor son más focalizados y específicos, tales como la designación de medidas para mejorar los flujos de información hacia los consumidores.

No obstante las diferencias anotadas, no debiera olvidarse, en último término, que sí existe una interrelación entre la política de libre competencia y una de protección al consumidor, la cual posibilita que ambas refuercen la efectividad de la otra. En efecto, y tal como se dijo, en parte, previamente, la defensa de la libre competencia incrementa las opciones para que los consumidores elijan.<sup>165</sup> La defensa de la protección del consumidor permite, a su vez, mejorar la calidad en el ejercicio de las opciones y, de esa

---

<sup>165</sup> Hay que hacer presente que el incremento de las opciones puede entenderse de varias maneras dependiendo del objetivo que se persiga. Si lo que se busca es, fundamentalmente, la eficiencia económica (en especial, asignativa) de los mercados, la cantidad de las opciones que pueden derivar de una mayor cantidad de oferentes en el mercado no necesariamente es lo más positivo. Por de pronto, es posible que dada la existencia de economías de escala, ámbito o de otro tipo, el número de competidores en el mercado sea más reducido, lo que no significa que la calidad y precio de la oferta de bienes y servicio sea menor. Muy por el contrario, lo esperable es que, en las circunstancias anotadas, ésta se incremente. En otras palabras, cuando se alude a una mayor cantidad de opciones, se está haciendo referencia a una mayor cantidad de opciones baratas y de buena calidad.



manera, estimular a que los actores del mercado compitan más efectivamente en base a sus méritos.

En consecuencia, teniendo en consideración que la protección al consumidor y la libre competencia tienen diferencias (muchas veces sutiles), pero, también, que comparten el mismo objetivo, esto es, incrementar el bienestar de los consumidores, surge la pregunta fundamental de si conviene o no combinar ambas funciones en una misma agencia o entidad.

## 2.2. Aspectos institucionales de la interrelación entre la libre competencia y la protección al consumidor

Existen beneficios como desventajas derivados de integrar bajo una misma institución la política de competencia y la política de protección al consumidor.<sup>166</sup>

Las ventajas que tendría una integración institucional se originarían, en primer lugar, de las ganancias derivadas de fusionar (bajo un único portfolio) varios instrumentos de política pública, los cuales podrían ser combinados con flexibilidad. En segundo lugar, las ganancias de compartir y desarrollar un conocimiento técnico. Y en tercer lugar, las eventuales ganancias que se desprenderían de una mayor visibilidad para la comunidad, así como de una mayor comprensión por ésta de temas de libre competencia y protección del consumidor.

Los costos que pueden derivarse de una integración dicen relación con las diferencias sustantivas entre ambos tipos de

---

<sup>166</sup> Ver, al respecto, el trabajo de la OECD (2008c, pp.30 y ss.), documento en el cual nos basamos parcialmente.

política, así como con la disímil forma de implementación que tendrían. Igualmente, una segunda desventaja derivaría de los límites prácticos de una integración.

A continuación se explicarán cada una de las ventajas y desventajas aludidas.

#### a) Ventajas

Los argumentos a favor y en contra de una integración de ambos tipos de política en un mismo organismo son los siguientes:

##### (1) Incremento en el portfolio de instrumentos

Al mejorarse la habilidad de los consumidores para ejercer las opciones que el mercado le proporciona se incentiva a las empresas a competir en base a sus méritos y, de esa manera, lograr que los mercados sean más competitivos. Así, pues, una política de protección de los consumidores puede reforzar a aquella encargada de promover y defender la libre competencia. Igualmente, como ya se dijo, la mirada más omnicomprendensiva de los mercados y sus actores, propia de la libre competencia, permite que los consumidores puedan tener mejores opciones para que puedan ejercer su derecho a elegir.

Esta interacción entre ambas disciplinas permite que, al analizarse un determinado mercado y las conductas de los actores económicos que la componen, se puedan aprovechar herramientas múltiples que caminan en una misma dirección general: el mayor bienestar de los consumidores.

La OFT (2009, p.9) subraya, en este sentido, que además de la natural interdependencia entre la oferta y la demanda, hay otros dos puntos distintivos donde las políticas de competencia y de protección de los consumidores tienen importantes conexiones. Una es la necesidad de ambas áreas de analizar y entender qué está ocurriendo en el mercado, sea en casos individuales o sistémicamente. La habilidad de diagnosticar el verdadero origen del daño, falla o incumplimiento es vital para la competencia y para la protección del consumidor. La otra característica común es el limitado rango de remedios de los que cada uno puede disponer. Cada uno tiene un arsenal de herramientas legales y no legales diseñadas para lograr cambios en los comportamientos y en los mercados, los cuales bien pueden compartir para beneficio mutuo.

Como se plantea en la OECD (2008c, p.31), “ las autoridades de competencia pueden tener pocos medios para alterar el lado de la oferta de los mercados de modo de hacer que la rivalidad sea una disciplina más efectiva. Sin embargo, en aquellos casos, acciones en el lado de la demanda de los mercados puede proporcionar una alternativa efectiva: por ejemplo, si una mejor información de los consumidores, o una reducción de los costos de cambio, hace que la demanda que cada empresa enfrente sea más elástica, aquello creará, usualmente, incentivos para que cada firma coloque precios más agresivamente según la estructura de mercado dada” .

En síntesis, intervenciones en el lado de la demanda de los mercados pueden lograr captar y remediar especificidades de la industria de una manera más precisa. Esto permite evitar que la inversión de grandes esfuerzos en analizar mercados, algo propio de cada caso de libre competencia, redunden, solamente, en sanciones y remedios limitados en su

ámbito. Bajo un mismo paragua institucional se pueden emprender acciones y remedios más intensos y omnicomprensivos.

## (2) Conocimiento técnico compartido

Tanto la política de competencia como la de protección del consumidor requieren de un tipo de conocimiento técnico similar. La circunstancia recién anotada resulta especialmente (mas no únicamente) importante para aquellas economías más pequeñas donde el capital de conocimiento técnico disponible en el sector público para analizar complejos asuntos de política pública que involucren analizar la estructura y funcionamiento de mercados es probable que sea limitado.<sup>167</sup> Pero las sinergias en cuanto al “expertise” o conocimiento técnico también es apreciada en agencias como la Federal Trade Commission (FTC) de Estados Unidos. Su antiguo jefe, William Kovacic (2009, p.33), ha reconocido que “la capacidad de la Comisión para unir el ‘expertise’ en economía, competencia, y protección del consumidor es un elemento consciente de su diseño institucional y una razón mayor para su existencia”.

Igualmente, una administración integrada puede proporcionar oportunidades de desarrollo profesional en el cual los funcionarios están expuestos a desarrollar una comprensión detallada de temas de libre competencia y protección al consumidor, algo importante cuando se trata de analizar tanto el lado de la oferta como de la demanda de los mercados.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> OECD (2008c), p. 32.

<sup>168</sup> OECD (2008c), p. 32.

Un ejemplo que ilustra la importancia de estas dos miradas a los mercados nos la puede proporcionar algún caso de control de fusiones. Si se llegara a la conclusión, desde el punto de vista de la protección al consumidor, que en determinados mercados los consumidores han experimentado continuos problemas, tales como costos de información excesivamente altos, reduciendo la posibilidad de los consumidores de conocer las ofertas disponibles y de ejercer las opciones correspondientes, una estructura de mercado post-fusión puede dar lugar a mayores posibilidades de explotación hacia los consumidores, en especial si se descansa demasiado en la posibilidad de nuevos entrantes o la expansión de oferentes pequeños y, quizá, desconocidos. Una atenta mirada a este tipo de temas de consumo puede ayudar a dar forma a remedios o condiciones, los cuales pueden, por ejemplo, incluir la obligación de diseminar información o requerir la desagregación de ciertos productos o servicios.<sup>169</sup>

### (3) apoyo ciudadano y control público

Uno de los argumentos que se han proporcionado para reunir en un solo organismo las labores de promoción y defensa de la libre competencia y la de protección del consumidor dice relación con el apoyo que se transmitiría desde el campo de la protección del consumidor al de la libre competencia. En efecto, se sostiene que “hay un natural aprecio en la comunidad acerca del valor y la importancia de la protección al consumidor” .<sup>170</sup> Así, se argumenta, “vinculando la actividades de política de competencia a la agenda de

---

<sup>169</sup> OECD (2008c), p. 32.

<sup>170</sup> OECD (2008c), p. 33.

protección del consumidor, y explicando los vínculos entre sus decisiones de política de competencia y la promoción del interés del consumidor, una autoridad de competencia puede incrementar la aceptación pública de la política de competencia. Esto puede ser especialmente importante en países donde la política de competencia tiene un desarrollo relativamente reciente, y donde hay poca comprensión de la importancia, rol y sustancia de la política de competencia”

.<sup>171</sup>

Igualmente, podría argumentarse, en casos en que sólo uno de los dos ámbitos goce de un alto grado de prioridad política, que el apoyo hacia uno puede ser aprovechado, también, en beneficio del otro.

Adicionalmente, si uno de los dos ámbitos goza de mayor atractivo que el otro como opción de trabajo para profesionales talentosos, ésta situación podría redundar en beneficios (en caso de existir una agencia integrada) para aquella área menos atractiva.

Finalmente, podría sostenerse que las diferencias en el grado de especificidad sectorial y en el grado de impacto para la economía de las decisiones en juego que tiene el área de la protección del consumidor en relación con el de la libre competencia pueden tener relevancia en términos del control (o “accountability”) público. En efecto, mientras más relevancia o impacto general para la economía en su conjunto tenga una de las áreas (en este caso, la libre competencia), más incentivos existen para que los actores sociales monitoreen las decisiones realizadas por las autoridades pertinentes. Al fusionarse o integrarse ambas agencias,

---

<sup>171</sup> OECD (2008c), p. 33.

mayores posibilidades existen para lograr que se genere interés y control por parte de la ciudadanía.<sup>172</sup>

## b) Desventajas

Respecto de los costos o desventajas de tener una integración bajo un mismo organismo de las áreas de libre competencia y protección del consumidor, es posible identificar a las siguientes dos:

### (1) Diferencias sustantivas y de implementación

Sin perjuicio que la libre competencia y la protección del consumidor comparten, en términos generales, los mismos objetivos, las características del flujo de trabajo tiene una influencia significativa en la estructura y comportamiento de cada agencia.<sup>173</sup> Una de las consecuencias de lo anterior, es que la política de protección del consumidor, cuando es integrado bajo un mismo organismo, con el área de la libre competencia, puede encontrar dificultades para atraer la atención que merece. Como lo plantea la OECD (2008, p.33), la altamente variada naturaleza de la carga de trabajo en materia de protección del consumidor, y el hecho que muchos de sus casos sean relativamente pequeños y tengan escaso impacto en

---

<sup>172</sup> Este argumento es avanzado por el documento de la OECD (2008c), p. 33.

<sup>173</sup> El área de protección del consumidor posee un arsenal de instrumentos más variado, así como más variado es el tipo de casos, materias o ilícitos que suelen abordarse. Asimismo, la ejecución y cumplimiento tiende a ser más descentralizado, y con casos que suelen involucrar un menor nivel de litigación y que, asimismo, carecen, muchas veces, del mayor costo administrativo e impacto económico de los de libre competencia.

términos absolutos (aunque sean de gran significancia para los consumidores individuales), puede dar lugar a que reciban menos atención y apoyo de la necesaria por parte de la alta dirección. El hecho que muchas de las políticas de protección al consumidor involucren una interacción descentralizada sectorial y territorialmente con otras agencias y entidades de gobierno, puede inducir a la tendencia a delegar el trabajo en funcionarios menos experimentados o de menor nivel, así como a no brindar el mismo apoyo en términos de recursos financieros y humanos, ni el mismo perfil que aquellas materias relacionadas con la libre competencia, las cuales suelen tener una alta visibilidad.<sup>174</sup>

## (2) Límites prácticos a la integración

Es posible argüir que es distinta aquella situación donde desde el inicio se diseña una institución bajo la cual convivan la defensa y promoción de la competencia con la protección del consumidor con aquella en la cual se fusionan dos organismos que antes se encontraban separados. En el segundo caso, esto es, el de la fusión institucional, los inconvenientes son mayores. Por ejemplo, puede que exista un conflicto en la cultura organizacional de dos entidades distintas, las cuales más que potenciarse pueden llegar a perjudicar el desempeño general de la nueva institución fusionada. Igualmente, hay que tener presente que ambas instituciones, por separado, pueden tener una positiva “marca” o percepción por parte de la ciudadanía y de los actores políticos, lo cual puede significar que una fusión genere pérdidas de imagen a una agencia ya valorada en forma previa.

---

<sup>174</sup> OECD (2008c), p. 34.



Asimismo, no debe descartarse la pérdida de autoestima o moral por parte de los integrantes de alguna de las agencias, los cuales pueden percibir que su trabajo y ellos mismos han perdido relevancia. Finalmente, hay que considerar que en no todos los aspectos existe sinergia, lo que puede derivar a una situación en que en la práctica se opere como si se tratara de dos entidades distintas y carentes de unidad de propósito o, al menos, no con los grados de coordinación que, en teoría, pudieren esperarse.<sup>175</sup>

La evidencia a nivel internacional respecto de la estructura conjunta o separada de la promoción y defensa de la competencia y de la protección del consumidor es mixta, sin perjuicio de lo cual, la mayoría de los países tienen un modelo no integrado.<sup>176</sup>

Agencias estructuradas de manera integrada pertenecen a países como los siguientes: Estados Unidos,<sup>177</sup> Reino Unido,<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Huffman (2010, p.23) señala que evidencia anecdótica sugiere que en la Federal Trade Commission, la oficinas de Competencia y de Protección del Consumidor raramente coordinan sus esfuerzos para hacer cumplir la normativa pertinente. Igualmente, la Office of Fair Trading del Reino Unido reconoce las limitadas ganancias derivadas de la integración. En efecto, y más allá de una postura optimista respecto de los beneficios que es capaz de generar una integración, la OFT (2009, p.14) señala que hasta hace poco tiempo, su trabajo para lograr el cumplimiento de la legislación de competencia y protección al consumidor descansa en dos divisiones separadas, las cuales constituyen dos silos con sus propios mundos legales e intelectuales que poco tienen que ver uno con otro.

<sup>176</sup> Ver información proporcionada por la Federal Trade Commission de Estado Unidos, en el siguiente sitio web: <http://www.ftc.gov/oia/authorities.shtm> .

<sup>177</sup> Ver <http://www.ftc.gov> .

<sup>178</sup> Ver <http://www.offt.gov.uk> .

Australia,<sup>179</sup> Canadá,<sup>180</sup> Nueva Zelandia,<sup>181</sup> Perú,<sup>182</sup> Panamá<sup>183</sup> y Colombia.<sup>184</sup>

Por el contrario, agencias estructuradas de manera desintegrada, esto es, en que existe una institución para velar por asuntos de libre competencia y otra para la protección del consumidor, son aquellas de países tales como los siguientes: Chile,<sup>185</sup> Argentina,<sup>186</sup> Venezuela,<sup>187</sup> El Salvador,<sup>188</sup> Costa Rica,<sup>189</sup> Honduras,<sup>190</sup> México,<sup>191</sup> Brasil<sup>192</sup> y España.<sup>193</sup>

---

<sup>179</sup> Ver <http://www.accc.gov.au>

<sup>180</sup> Ver <http://www.competitionbureau.gc.ca> .

<sup>181</sup> Ver <http://www.comcom.govt.nz> .

<sup>182</sup> Ver <http://www.indecopi.gob.pe> .

<sup>183</sup> Ver <http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa> .

<sup>184</sup> Ver <http://www.sic.gov.co> .

<sup>185</sup> Ver <http://www.fne.cl> y <http://www.sernac.cl> .

<sup>186</sup> Ver <http://www.cndc.gov.ar> y <http://www.mecon.gov.ar/secdef> .

<sup>187</sup> Ver <http://www.procompetencia.gob.ve> . No se identificó la existencia de una agencia especial de protección del consumidor.

<sup>188</sup> Ver <http://www.sc.gob.sv> y <http://www.defensoria.gob.sv> .

<sup>189</sup> Ver <http://www.coprocom.go.cr> y <http://www.consumo.go.cr> .

<sup>190</sup> Ver <http://www.cdpc.hn> y <http://www.sic.gob.hn/proteccion/enlaces.aspx> .

<sup>191</sup> Ver <http://www.cfc.gob.mx> y <http://www.profeco.gob.mx> .

<sup>192</sup> Ver <http://www.cade.gov.br> , <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ34431BE8ITEMID3DAD7B1909B2482EB4A0C2456D06789DPTBRIE.htm> , <http://www.seae.fazenda.gov.br> y para materias de protección del consumidor, ver <http://portal.mj.gov.br/DPDC/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRIE.htm> .

<sup>193</sup> Ver <http://www.cncompetencia.es> y <http://www.consumo-inc.es> .

## CAPÍTULO 5

### CAUSAS DE INOBSERVANCIA Y ESTILOS PARA HACER CUMPLIR UNA LEGISLACIÓN

En los capítulos anteriores se ha puesto de relieve la importancia y complejidad de la libre competencia, la influencia general del entorno ideológico y de los intereses particulares en la existencia, formulación y cumplimiento de una legislación de libre competencia, y las opciones de diseño institucional existentes para la implementación y aplicación de dicho tipo de legislación.

Uno de los temas que se destacarán en el presente capítulo se refiere a las causas que llevan a que los regulados incumplan una regulación. Al respecto se distinguirá entre incumplimientos debido a la ausencia de conocimiento o comprensión de la normativa que se pretende hacer cumplir, incumplimientos por la inhabilidad e incapacidad de los regulados para cumplir con la regulación, e incumplimientos por la falta de disposición de los regulados a quienes va dirigida la regulación.

El otro tópico principal que será objeto de análisis en este acápite dice relación con los estilos generales existentes para aplicar o hacer cumplir una legislación, lo cual permite variar estrategias cuyos polos opuestos son la persuasión y la sanción. Es así como se examinará el por qué un regulador suele adoptar aproximaciones o estilos diferentes, así como en qué casos conviene utilizar una estrategia u otra.

## 1.- Importancia de la observancia de una legislación o regulación

No basta que una legislación de libre competencia se dicte o formule, sino que resulta esencial que ésta se cumpla u observe. Además, para que una regulación tenga éxito, ésta debe formularse con un ojo puesto en su ejecución y cumplimiento, y con la mirada apuntando a los resultados sustantivos buscados (Baldwin y Cave, 1999; Ogus, 1994).

Ya vimos que los parámetros para evaluar la prevalencia de la libre competencia en los mercados están lejos de ser indiscutidos. Por el contrario, la noción misma de libre competencia es compleja dado las diferentes visiones existentes sobre la materia. Asimismo, en muchas legislaciones no se explicita objetivo alguno y, en aquellos casos en que sí se hace, el o los objetivos estipulados resultan conflictivos unos con otros. Incluso, aunque se asumiera que la eficiencia económica es el único objetivo que debiera perseguir una legislación que la defendiera y promoviera, éste concepto puede verse desde diferentes perspectivas, no necesariamente compatibles unas con otras.

Por la misma razón planteada en el párrafo precedente, el foco de este trabajo no se centrará en los aspectos sustantivos de la libre competencia. Tampoco, por consiguiente, en el análisis de la jurisprudencia de las autoridades, tribunales o cortes encargadas de la aplicación de la legislación de libre competencia a los casos concretos.

Con la advertencia anterior, diremos que habrá cumplimiento regulatorio, en el ámbito de la libre competencia, en la medida en que exista observancia de la normativa de libre competencia que se haya dado algún país. En este sentido, y recurriendo a distinciones propias de la

literatura sobre “enforcement” (acciones de una autoridad para hacer cumplir una legislación) y “compliance” (cumplimiento), el foco de este trabajo está puesto en lo que se conoce como “regulatory compliance” (cumplimiento regulatorio) más que en “policy effectiveness” (efectividad de la política pública).

Más específicamente, cuando se hace mención a la expresión “regulatory compliance”, se está haciendo referencia a la obediencia por parte de la población a quien va dirigida la regulación. “Policy effectiveness”, por su parte, es un término más general, el cual comprende, también, los resultados sustantivos últimos que permiten satisfacer las metas de interés público deseadas por el legislador.

Cierto es que el cumplimiento de una determinada regulación por aquellos a quienes ésta va dirigida no garantiza que el resultado deseado (en términos del grado de cumplimiento del objetivo público perseguido) sea efectivamente alcanzado. Sin embargo, para efecto de este trabajo, se asumirá, como se dijo previamente, que un sistema regulatorio tendrá éxito si la normativa que se manda cumplir es efectivamente observada por los regulados.

No puede desatenderse, en general, al hecho que una regulación que fracasa en su ejecución y cumplimiento (“compliance” y “enforcement”) y, desde luego, en el objetivo de política pública subyacente, genera efectos sistémicos adversos. En efecto, una situación como la aludida crea costos innecesarios al regulador y a los regulados. También, erosiona el uso de la regulación en sí misma, el de otras regulaciones, el prestigio de sus instituciones y, en general, el Estado de Derecho. Estos eventuales efectos sistémicos son acumulativos y pueden dar lugar a un círculo vicioso en el

cual más y más leyes y reglas son promulgadas, mientras la confianza en el gobierno disminuye y el grado de cumplimiento empeora.<sup>194</sup>

Aludiendo a la tipología de fallas de la regulación de Sunstein (1990), los fracasos de una regulación en alcanzar el objetivo que se ha procurado pueden ocurrir en la etapa de formulación, así como en la de implementación. Respecto del primer tipo de causas se pueden mencionar, entre otras, la existencia de un mal diagnóstico, de una equivocada evaluación de costos o riesgos en relación a su beneficio,<sup>195</sup> de una errada selección de los instrumentos elegidos, etc. En relación a la etapa de implementación, el legislador o regulador necesita entender las características (a veces disímiles) del grupo objetivo y los incentivos internos y externos de éstos para observar la regulación.<sup>196</sup>

Asumimos que las acciones de una autoridad de competencia tendientes a lograr la observancia de una legislación de libre competencia son esenciales en el éxito general de un sistema regulatorio, en este caso, de libre competencia. Por lo tanto, revisaremos literatura sobre el tema, la cual nos dará luces sobre cómo lograr mayores grados de efectividad en el cumplimiento de una normativa de libre competencia.

---

<sup>194</sup> OECD (2000), p. 13.

<sup>195</sup> A modo ilustrativo, un sistema de control preventivo de fusiones y adquisiciones que sea obligatorio y que exija de las empresas un abundante acopio y entrega de información puede resultar siendo asfixiante para éstas. Igualmente, el costo de administración interno de un sistema como el aludido puede ser excesivo en relación a las posibilidades institucionales (recursos financieros y humanos) existentes.

<sup>196</sup> Ver, también, entre otros, a Becker, 1968; Stigler, 1970; y Ayres y Braithwaite, 1992.

Un primer matiz que puede resultar útil mencionar consiste en las dos acepciones de la expresión “compliance”. Siguiendo el estudio de la OECD (2000, p.66), una primera acepción del término “compliance” tiene como foco la población objetivo, preguntándose por hasta qué punto los regulados cumplen con la regulación y por qué ellos lo hacen o no lo hacen. Una segunda acepción del término “compliance” coloca su atención en los diferentes estilos o estrategias de “enforcement” o acciones para hacer cumplir la legislación. En esta segunda acepción, la palabra “compliance” describe un estilo de “enforcement” cooperativo o persuasivo, más que uno basado en el efecto disuasivo de las sanciones legales y, a diferencia de la primera acepción (aunque es un tema de matices), se focaliza en la autoridad reguladora más que en los regulados. En este trabajo se utilizará el término “compliance” en su primera acepción, salvo que se especifique claramente el uso alternativo del término.

Cabe tener en consideración, también, que cuando se hace hincapié en el cumplimiento de una norma, se está haciendo referencia no sólo al evento mismo de la observancia, sino también el proceso que intenta aquel tipo de logro.<sup>197</sup>

Este proceso dirigido a hacer cumplir las normas, el cual no es automático o mecánico, es parte de un proceso mayor dirigido a influenciar el comportamiento en el mundo real. En efecto, lo que puede considerarse como un proceso regulatorio consta, básicamente, de tres etapas: la dictación de una legislación; la creación e implementación de entidades administrativas con deberes y potestades dentro de lo admitido por la legislación habilitante; y las actividades de las entidades pertinentes orientadas a hacer cumplir la normativa.

---

<sup>197</sup> Hutter (1997, p.13).

Como se señaló con anterioridad, la última de las etapas mencionadas en el párrafo anterior es de vital importancia para el éxito de la regulación. Como lo destacan Baldwin y Cave (1999, p.96), “una astuta ejecución y cumplimiento puede remediar los defectos de diseño en los mecanismos regulatorios, y una errónea ejecución y cumplimiento puede socavar los más sofisticados diseños de regulación” .

Cabe hacer presente que el proceso para hacer cumplir una regulación no es automático, mecánico u objetivo. La existencia de mayores o menores espacios de discreción es inevitable. En el mismo sentido, el cumplimiento u observancia de una norma o legislación es un asunto de interpretación tanto de hechos como del derecho, en el cual la letra como el espíritu pueden ser relevantes.<sup>198</sup> Esta discreción, flexibilidad y subjetividad puede ser particularmente importante ante normas o prohibiciones de textura abierta o imprecisa. Por un lado, hábiles funcionarios encargados de hacer cumplir una regulación pueden utilizar espacios de discreción para solucionar problemas o temperar cuerpos legislativos excesivamente restrictivos. Por otro lado, la búsqueda de consistencia y predictibilidad puede requerir, muchas veces, que la subjetividad interpretativa de los funcionarios de una autoridad de competencia sea limitada.

## **2.- Cumplimiento y observancia de una regulación: una visión desde los regulados**

En un proceso de ejecución y cumplimiento de una legislación o regulación inevitablemente participarán tanto el regulador como los regulados en una relación bilateral. No

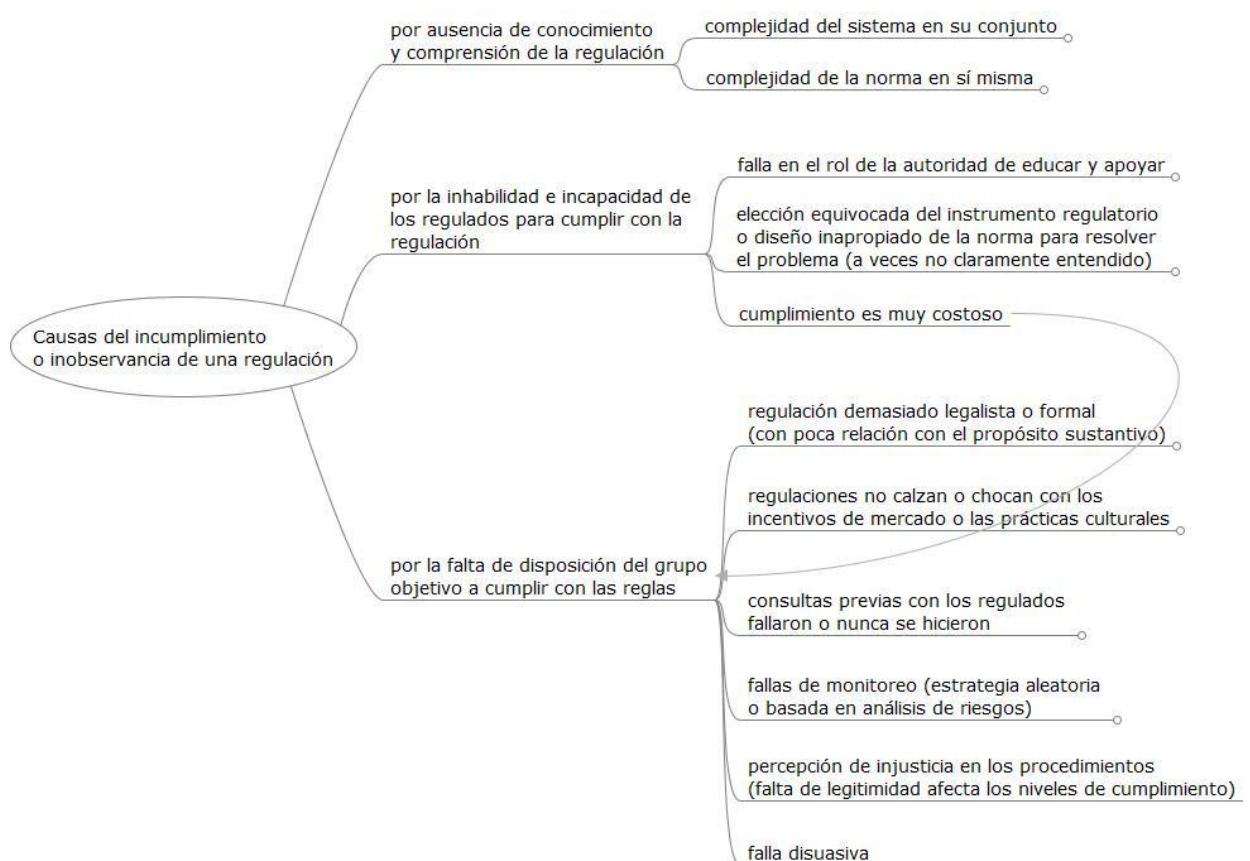
---

<sup>198</sup> Sobre el particular ver a Hutter (1997).



obstante, estas materias pueden abordarse distinguiendo si la mirada se hace desde el regulador o desde los regulados. Esto permite subrayar de mejor manera ciertos aspectos y brindar una explicación más completa de la materia que nos ocupa. Así, pues, a continuación se explicará el proceso de ejecución y cumplimiento desde la perspectiva del regulado, siguiendo, en lo fundamental, el marco analítico utilizado por la OECD (2000):

Figura N°4: Causas de incumplimiento o inobservancia de una regulación



Fuente: adaptación de OECD (2000).

## 2.1. Incumplimiento por ausencia de conocimiento y comprensión de una regulación

Evidentemente, no se puede cumplir lo que no se conoce o comprende. La complejidad del sistema en su conjunto, unido a la complejidad de la norma en sí misma, afecta el grado de cumplimiento de una legislación o reglamentación en razón de la ausencia de conocimiento y comprensión de la misma.

La complejidad de un sistema jurídico en su conjunto depende, en parte, de la presión por dictar nuevas normas o expandir las existentes, para cubrir circunstancias no previstas, para cerrar vacíos o resquicios, o para enfrentar nuevos problemas. Esta situación genera un efecto acumulativo que conlleva una pérdida de simplicidad y, por lo tanto, una pérdida de la habilidad del grupo objetivo para entenderlas y cumplirlas.<sup>199</sup>

En un provocador libro titulado “Simple rules for a complex world”, Richard Epstein advierte que “nuestro gran nivel de ambición social da lugar a un muy complejo sistema de reglas legales, que solamente abogados pueden entender y navegar”.<sup>200</sup>

En una recomendación al gobierno del Reino Unido titulada “Regulation - Less is more”, la Better Regulation Task Force de ese país sostuvo que una política basada en lo que se denomina “One in, One out” (una adentro, una afuera) enfatiza las opciones que tienen que ser hechas. Si los ministros quieren nuevas leyes ellos necesitarán priorizar y desechar otras proposiciones normativas o derogar leyes existentes, reduciendo, de esta manera, el “stock” o

---

<sup>199</sup> OECD (2000), p. 14.

<sup>200</sup> Epstein (1995), p. 15.

cantidad de normas.<sup>201</sup> Siguiendo esa línea de pensamiento, dicha unidad gubernamental propuso que para lograr una simplificación del sistema regulatorio, ésta debía basarse en un proceso de desregulación, consolidación y racionalización. La desregulación, para estos efectos, consiste en remover regulaciones, dando lugar a una mayor liberalización de regímenes previamente regulados. La “consolidación” dice relación con agrupar diferentes regulaciones en una forma más manejable, y reescribir la ley de manera más clara. Con la sugerencia de “racionalización”, se propone la utilización de una legislación “horizontal” para reemplazar una variedad de regulaciones sectoriales específicas de carácter “vertical”, resolviendo, de esta forma, regulaciones superpuestas o inconsistentes.<sup>202</sup>

En relación a la transparencia y claridad de las regulaciones como antídoto a la complejidad y opacidad de sistemas y normas, varios países han emitido instructivos señalando las características de lo que se consideraría una buena regulación ( “Principles of good regulation” ). En el Reino Unido, por ejemplo, la Better Regulation Task Force ha enfatizado que “ las regulaciones debieran ser claras y simples.”<sup>203</sup> Incluso más, ellos han planteado que “ las regulaciones debieran ser simples y claras, y contar con guías, en un lenguaje entendible, las cuales debieran ser emitidas 12 semanas antes que la regulación entre en vigencia ” .<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> BRTF (2005), p. 6.

<sup>202</sup> BRTF (2005), p. 7.

<sup>203</sup> BRTF (2005), p. 52.

<sup>204</sup> BRTF (2005), p. 52.

Explicando diferentes cualidades (e interacción) de las normas jurídicas según la forma en que están redactadas y la importancia de la simpleza e inteligibilidad de éstas, Colin Diver (1983) señala que no es absurdo sostener que el éxito de una regla o norma depende en parte importante de las palabras que el redactor escoja para expresar sus intenciones. En primer lugar, sostiene el autor, el regulador querrá utilizar palabras con un significado bien definido y universalmente aceptado en la comunidad relevante, es decir, que la norma sea “transparente” (inteligible), que se sepa de qué se está hablando, qué es lo prescrito. En segundo lugar, el regulador deseará que su regla o norma sea “accesible” para la audiencia a quien va destinada, esto es, aplicable a situaciones concretas sin excesiva dificultad o esfuerzo, es decir, que el estándar prescrito sea simple de ser aplicado o subsumido a la situación concreta. En otras palabras, que la norma sea redactada con suficiente especificidad y, por qué no decirlo, simpleza. Por último, un regulador estará preocupado si el contenido sustantivo del mensaje comunicado en sus palabras produce el comportamiento deseado, vale decir, que sea “congruente” con el objetivo de política pública perseguido, para lo cual se requiere, a veces, de una redacción con mayores grados de precisión que permita, también, flexibilidad, esto es, que las reglas o normas permitan algún tipo de excepción o acomodo para lograr el objetivo buscado en el caso concreto.

En definitiva, lograr que el sistema regulatorio en su conjunto y que la norma jurídica en particular tenga características de simplicidad e inteligibilidad puede resultar de relevancia para evitar que se incumpla una ley o reglamento debido a una ausencia o dificultad de conocimiento y entendimiento de aquello cuya observancia se desea.

## 2.2. Incumplimiento por la inhabilidad e incapacidad de los regulados para cumplir con una regulación

Para que los resultados que se buscan puedan ser cumplidos, es esencial que los medios requeridos sean aptos para la satisfacción del fin deseado. Igualmente, para que una regulación sea observada, ésta debe ser susceptible de ser cumplida y, en lo posible, de manera fácil.

Esta causa de incumplimiento puede tener relación con la anteriormente desarrollada en el sentido de que quienes no conocen o entienden una regulación no serán capaces de cumplirla. No obstante, en este acápite se colocará el énfasis en aquellos casos en que aun conociendo y entendiendo una regulación, simplemente no se tiene la capacidad o habilidad para cumplirla.

Un primer aspecto a tener presente, de acuerdo a lo señalado por la OECD (2000), consiste en lo recomendable que es asignar recursos hacia una adecuada implementación de aquellas normas cuyo cumplimiento se desea. Esto incluye, entre otros, la provisión de información necesaria, la educación, la consideración de un período de “marcha blanca”, o la atención respecto de la conveniencia o no de una regulación voluntaria en vez de una obligatoria.<sup>205</sup>

Un segundo tema a ser considerado es la equivocada elección del instrumento regulatorio o el inapropiado diseño de la norma para resolver el problema que ha motivado, en primer lugar, una regulación. Sin perjuicio que el acento en

---

<sup>205</sup> La regulación voluntaria, por ejemplo, puede constituir un paso previo a la aplicación de una regulación obligatoria en un área determinada.

este trabajo ha sido puesto en la observancia de la norma jurídica misma más que en el objetivo último de la política pública de que se trate, puede ser de interés aludir a este tipo de problemas, los cuales inciden en el éxito o fracaso de una regulación.

Hay algunas normas, por ejemplo, que no describen qué es lo que debe ser alcanzado o cumplido, sino que indican de manera detallada las acciones que una entidad regulada debe llevar cabo. Mientras algunas veces lo anterior es necesario, regulaciones de este tipo son, en general, indeseables. La acción prescrita puede, en la práctica, alcanzar muy poco y, además, no dejar espacio para ajustes por parte del regulado. Esto está relacionado con el fracaso en la identificación de la relación causal exacta entre el instrumento regulatorio utilizado y el objetivo que se aspira satisfacer. Una regulación basada en los resultados, donde éstos están listados sin indicación de las vías para cumplirlos, también puede tener problemas. En efecto, los problemas con este último tipo de regulación radican en que puede enfrentar a los regulados con resultados que no son viables o que son prácticamente imposibles de ser cumplidos a un costo razonable. Esto puede pasar cuando los reguladores no sopesan los costos y beneficios que irroga una regulación, o no tienen un claro entendimiento de las capacidades de las entidades reguladas.<sup>206</sup>

En efecto, respecto del punto recién mencionado, es claro que los costos que involucra una regulación, tanto para el Estado como para los regulados, puede tener incidencia en el crecimiento económico de un país. Igualmente, desde el punto de vista de las entidades reguladas, el mayor o menor costo en

---

<sup>206</sup> OECD (2000), p. 22.

el cumplimiento de una regulación puede influir en la disposición que tengan para observarla. De hecho, para muchas empresas, en especial aquellas que podrían ser caracterizadas como “racionales oportunistas” o “calculadoras amorales”, lo natural será la realización de una fría ponderación de los costos y beneficios esperados que involucra cumplir o no con lo prescrito. No obstante, resulta importante, también, recalcar que el costo de una regulación puede significar una verdadera barrera para el cumplimiento efectivo de una regulación. Esto último puede ser especialmente relevante para las pequeñas empresas.

A tal punto ha llegado la preocupación por los costos que irrogan las leyes y reglamentos, que algunas jurisdicciones han dispuesto la obligación de realizar una evaluación del impacto en términos de costos que una regulación puede provocar en los negocios o empresas de menor tamaño.<sup>207</sup>

### 2.3. Incumplimiento por la falta de disposición del grupo objetivo a cumplir con una regulación

Cabe preguntarse acerca de qué circunstancias pueden tener influencia en la mayor o menor disposición de la comunidad objeto de regulación a observar la regulación, más allá de la ausencia de conocimiento o comprensión, o de la carencia de capacidad. Algunos factores de importancia son los siguientes:<sup>208</sup>

Un primer aspecto a considerar, el cual ya fue explicado y por lo mismo no se tratará nuevamente, dice relación con el

---

<sup>207</sup> Baldwin (2004).

<sup>208</sup> Ver OECD (2000), pp.16-20.

costo para los regulados de observar o cumplir una regulación. Racionalmente hablando, es esperable que mientras mayor sea el costo de cumplir con una determinada regulación, menor será el grado de observancia de la misma.

Segundo, una regulación demasiado legalista no sólo puede hacer que la observancia de la regulación sea demasiado costosa o que ésta sea demasiado compleja para ser conocida o entendida, sino que, además, puede afectar el interés o disposición de los regulados por cumplirla.

La OECD (2000, p.16) advierte que las personas objeto de regulación pueden perder la confianza en las agencias reguladoras y, en general, en los gobiernos, si es que ellos son obligados a cumplir con normas o reglas que parecen no tener relación con los objetivos sustantivos de la regulación de que se trate.

Lo anterior puede ocurrir en presencia de una aproximación demasiado formal o legalista hacia los regulados, entendiendo por tal lo siguiente: (i) la imposición de reglas o normas uniformes, detalladas y exigentes en situaciones donde aquello no tiene sentido (ausencia de razonabilidad regulatoria o “regulatory unreasonableness” ); y (ii) la falla de no considerar los argumentos de las entidades reguladas respecto de las excepciones que debieran hacerse a ciertas reglas o normas técnicas (ausencia de adecuada respuesta y solución a problemas regulatorios o “regulatory unresponsiveness” ).

Aproximaciones demasiado legalistas o formales, en el doble sentido explicado precedentemente, puede traer como consecuencia un resentimiento y quiebre en la buena voluntad y disposición frente al regulador y la regulación. Esto se puede manifestar en una mayor inclinación a no cumplir u



observar lo prescrito o a la tendencia a alcanzar el mínimo nivel de cumplimiento que las normas exigen. Igualmente, puede incrementarse la tendencia hacia fenómenos como el “cumplimiento creativo”, es decir, el aprovechamiento de vacíos legales o de aquella observancia meramente formal que, en lo sustantivo, implica una vulneración de lo prescrito.

Tercer factor de incumplimiento: hay regulaciones que no calzan o que chocan con los incentivos proporcionados o con prácticas culturales. Hay que tener presente que las personas responden a incentivos, muchos de los cuales son económicos o pecuniarios, mas otros no lo son. Igualmente, no debiera olvidarse que el Derecho mismo suele ser fuente de incentivos. En este sentido, debiera colocarse atención a los estímulos a los que responden las personas objeto de regulación, así como a aquellos capaces de ser proporcionados por la regulación misma.

El cumplimiento creativo, por ejemplo, puede ser un reflejo de una regulación mal concebida por la inflexibilidad o arbitrariedad de disposiciones que, además, puede llegar a permitir la elusión de éstas ante la existencia de vacíos. En otras palabras, una regulación puede llegar a incentivar un manejo interpretativo que maximice la utilidad que le genera al regulado. Igualmente, el tipo y severidad de una sanción puede constituir un estímulo poderoso para cumplir con la regulación cuya observancia se desea.

En otro orden de cosas, es útil tener presente que el grado de observancia o cumplimiento de una norma jurídica puede ser incrementado o disminuido según el grado de apoyo socio-cultural que tenga. Así, pues, es posible que un ambiente cooperativo, participativo y consciente del valor o utilidad de una determinada regulación para la sociedad sea

clave para el éxito en cuanto a su observancia. El apoyo de una norma social puede ser significativo para el cumplimiento de una norma jurídica. Por el contrario, una práctica cultural acendrada puede llevar a que una regulación (dirigida a cambiar un comportamiento) sea no más que una expresión simbólica ante la ausencia de disposición a cumplir con ella.

Cuarto factor de incumplimiento: la ausencia (o falla) de consultas previas con los regulados. El grado de participación del grupo objetivo puede proporcionar legitimidad a una regulación que aspira ser cumplida, pudiendo aumentarse los niveles de compromiso y cooperación. Asimismo, la participación previa de los regulados en la etapa de formulación de una regulación determinada puede proporcionar información útil para ambas partes. En efecto, los regulados pueden proporcionar su visión respecto de qué tipo de normativa funcionaría y de cuáles serían los costos de cumplimiento, muchos de ellos no anticipados por el regulador. Igualmente, niveles previos de participación pueden permitirle al regulador ir manejando las expectativas de los regulados.

Quinto factor que influye en el incumplimiento de una normativa: las fallas de monitoreo. Muchas veces, más rigurosidad y frecuencia en las inspecciones puede ser más significativo que una alta severidad de las sanciones respecto del cumplimiento de una regulación.

Ante una situación de restricción presupuestaria, puede resultar eficiente y efectivo focalizar o concentrar los esfuerzos en aquellas áreas más riesgosas. Igualmente, debe considerarse la posibilidad de estrategias de monitoreo aleatorias y sorpresivas, las cuales pueden elevar las probabilidades de detección infraccional y, consiguientemente, el poder disuasorio.

Finalmente, debe hacerse notar que puede existir un sesgo a favor de incrementar los niveles de cumplimiento por medio de la formulación de normas y sanciones elevadas más que por medio de elevar la capacidad de monitoreo de las entidades regulatorias.

Sexto factor de incumplimiento: la percepción de injusticia en los procedimientos. Tal como lo hace ver la OECD (2000, p.19), investigadores han encontrado evidencia de que si las personas sienten que ellos han sido tratados injustamente por el gobierno o la agencia regulatoria, éstos a menudo rechazarán cumplir con los requerimientos regulatorios. Por el contrario, personas que perciben que han sido tratados equitativamente por el sistema regulatorio están más dispuestas a cumplir con la normativa que se les imponga. Lo anterior está relacionado con la legitimidad del sistema, aspecto en el cual la justicia en los procedimientos resulta de importancia.

Séptimo factor de incumplimiento: falla disuasoria. Como ya se ha mencionado con anterioridad, una falla para hacer cumplir la ley puede provenir de las altas ganancias esperadas en relación a un costo esperado más bajo. El costo esperado, desde el punto de vista racional, es igual a la probabilidad de detección multiplicada por la magnitud de la sanción.

No obstante lo indicado, hay que considerar, en general, que no siempre las entidades reguladoras y reguladas actúan racionalmente. Desde luego, no siempre las compañías cuentan con información certera acerca qué es lo prescrito por la ley. Hay que tener presente que no siempre una norma jurídica definirá la infracción sin ambigüedad alguna. En seguida, no puede menospreciarse el efecto que la reputación social tiene en las empresas, lo cual las puede llevar a actuar de una

manera bien dispuesta hacia el cumplimiento de la normativa. Incluso si aquella buena disposición a cumplir no ocurriera, sanciones informales como la publicidad negativa pueden tener un efecto disuasorio no menor en razón de la importancia de cuidar la reputación.

Finalmente, al momento de definir la sanción disponible o de aplicarla al caso concreto debe evaluarse el hecho de que una sanción muy baja puede no disuadir suficientemente y que una sanción muy alta puede que tampoco lo haga y, más encima, lleve a la quiebra a una compañía.

Más adelante, en el capítulo cuarto de este trabajo, se profundizará sobre las sanciones y su efecto disuasorio, entre otros temas afines.

### **3.- Dos estilos en la ejecución y cumplimiento de una regulación**

La literatura ha identificado y la realidad ha mostrado dos estilos principales en la ejecución y cumplimiento de una regulación: una aproximación dura sustentada en la sanción o disuasión, y otra más blanda basada en técnicas tales como la persuasión, colaboración, educación y negociación.

Sin perjuicio que la distinción entre los dos estilos es un asunto de grados o acentos, ya que en mayor o menor medida ambos tipos de estrategias suelen encontrarse presentes, cabe resaltar que la aproximación basada en la sanción o disuasión se caracteriza por una preocupación central por lograr que se castigue el quebrantamiento de una norma. Es cierto que la observancia de las normas puede ser una consecuencia del estilo aludido, pero no es la preocupación central, la cual tiene un decidido acento por el castigo o retribución que se

merece el infractor. Desde la perspectiva anotada, la actividad de “enforcement” es retrospectiva, esto es, muestra especial preocupación por el daño que se ha ocasionado, por identificar la conducta infractora y el infractor, y por lograr que se imponga una sanción.

En contraste, para el estilo basado en la persuasión (o, en su segunda acepción: el cumplimiento o “compliance”) el objetivo central es prevenir el daño más que castigar el mal. Este estilo es conciliatorio y descansa, como ya se dijo, en técnicas persuasivas, de colaboración, educación, recomendación y negociación. La entidad administrativa encargada de ejecutar y hacer cumplir la legislación suele tener una actitud acomodaticia y flexible, la cual puede ser más o menos insistente en su aproximación al regulado.<sup>209</sup> Así, pues, los reguladores, bajo esta aproximación, pueden tener una actitud conciliadora y persuasiva a través de la educación, consejo y explicación de los fundamentos de la ley y los posibles medios para cumplir con ella, o bien, el regulador puede adoptar una actitud más insistente y amenazadora, lo cual se va a traducir en negociaciones y acuerdos.

Existen argumentos a favor y en contra de estos dos estilos dominantes para ejecutar la ley. Como lo explican Baldwin y Cave (1999, p.97), aquellos que proponen un énfasis en la disuasión (“deterrence” o “sanctioning”) tienden a

---

<sup>209</sup> Entre un estilo más persuasivo (o de cumplimiento) y uno disuasivo o más duro existe un rango en el cual caben matices y grados. Por ejemplo, Hutter (1988) distingue dos sub estrategias en aquel estilo más enfocado en la observancia y cumplimiento: la persuasiva y la insistente. Para un desarrollo más “fino” de las distinciones que pueden apreciarse en las estrategias de “enforcement” de los reguladores puede verse el trabajo de Braithwaite, Grabosky y Walker (1987).

argüir que las aproximaciones basadas en la persuasión (o “compliance”) son indicativas de la existencia de captura de los funcionarios (reguladores) por parte de las empresas reguladas. Éstos pueden tener demasiada identificación unos con otros, por ejemplo, a través de experiencias compartidas, de la existencia de contactos personales, o de la presencia de personal que haya trabajado tanto con el regulador como el regulado. Los defensores de un estilo más sancionador o disuasivo remarcen que dicho tipo de aproximación suele ser altamente efectiva en lograr cambios en la cultura de las empresas en dirección a producir mejoras en los estándares de comportamiento de sus integrantes y a estimular la existencia de sistemas de administración que reducen el riesgo de infracciones. Se argumenta, asimismo, que una aproximación disuasiva o sancionadora implica un tratamiento tal de las infracciones que éstas pasan a ser un signo de aquello que es inaceptable. Esto lograría, en definitiva, ir generando un progresivo apoyo de la comunidad o presión social a favor de mayores niveles de cumplimiento de la normativa. Lo anterior va de la mano con respuestas políticas favorables, lo cual permite, a su vez, aproximaciones regulatorias más firmes.

En defensa de estilos más orientados hacia el cumplimiento u observancia de las leyes y reglamentos, suele argüirse que este tipo de aproximación implica un uso de recursos más eficiente, más consciente de los costos y, en definitiva, con mayor racionalidad económica. En efecto, la persecución administrativa y/o judicial para la obtención de una sanción para el infractor sería tan costosa en dinero y tiempo que la utilización más selectiva de mecanismos menos formales podría producir mayores niveles de cumplimiento u observancia regulatoria. Se sostiene, además, que orientaciones más legalistas pueden, a menudo, ser más

inflexibles, fallando en la identificación de las mejores formas de alcanzar mejores niveles de comportamiento por parte de los regulados. Igualmente, los defensores de este tipo de estilo subrayan el peligro de resentimiento y hostilidad en los regulados que podrían generar aproximaciones más duras, lo cual afectaría negativamente la predisposición a cooperar y cumplir. Más aún, los críticos de estilos más sancionadores recalcan el peligro de que una inadecuada determinación de las sanciones pueda dejar fuera del negocio a empresas, con el consiguiente efecto en desempleo.

#### **4.- De qué depende la existencia de una aproximación más sancionatoria o más persuasiva**

Es efectivo que pueden distinguirse dos aproximaciones o estilos principales en la ejecución y cumplimiento de una regulación, así como variaciones intermedias de las anteriores. Sin embargo, una cosa distinta es intentar vislumbrar aquellos factores que pueden tener influencia para explicar cuándo será utilizada una aproximación más sancionatoria o más persuasiva. Basándonos en Black (2001, pp.6 y ss.), los factores principales para explicar la preponderancia de uno u otro estilo son: (1) el marco legal: objetivos, precisión de las normas y sanciones disponibles; (2) la caracterización de los regulados; (3) la distancia relacional entre el regulador y el regulado; (4) los costos de cumplimiento para la empresa; (5) la naturaleza de la infracción y sus consecuencias, el grado de culpabilidad percibido y la persistencia en las transgresiones; (6) el liderazgo, estructura, cultura y recursos de la organización, tanto en el caso del regulado como del regulador; (7) la actitud, historia y antecedentes personales de los reguladores

y regulados; y (8) el contexto político, social y moral. A continuación se desarrollará cada uno de los factores mencionados:

#### 4.1. El marco legal: objetivos, precisión de las normas y sanciones disponibles

El primer elemento a tener presente dice relación con los objetivos de la legislación que se quiere aplicar y hacer cumplir. Al respecto es posible sugerir que mientras más explícitos, claros y no contradictorios sean los objetivos y menor sea su número, las autoridades encargadas de ejecutar o aplicar la normativa (las cuales pueden ser entidades administrativas o judiciales, según el caso) pueden estar más preparadas para imponer sanciones ante el evento de una infracción.

Asimismo, también debiera tenerse presente que la forma en que las normas están redactadas puede afectar la aproximación utilizada. Por ejemplo, la utilización de normas redactadas de una manera general o vaga o que contienen estándares evaluativos ( “razonable” , “adecuado” , etc.) confieren, implícitamente, discreción a aquellos encargados de la aplicación de la norma, lo cual puede favorecer un estilo persuasivo. En efecto, las normas de redacción imprecisa o amplia pueden facilitar una aproximación “blanda” o no sancionadora, permitiendo a quienes las aplican persuadir o negociar sobre cuál es la conducta requerida. Si no existiera espacio, discreción o flexibilidad y estuviera claramente estipulada la imposición de una sanción como consecuencia del actuar del regulador, se reduciría el espacio para la implementación de una estrategia persuasiva.



Por el contrario, la utilización de reglas o normas precisas puede facilitar una aproximación sancionatoria si resulta claro de la misma norma cuál es la conducta requerida o prohibida y cuál es la consecuencia. No obstante, no debiera olvidarse, igualmente, que una masa de normas de redacción detallada pueden en la práctica incrementar los niveles de discreción más que reducirlos. Incluso más, demasiadas normas o reglas más que facilitar la ejecución y cumplimiento de éstas puede dificultar su monitoreo y posterior efectividad.

Otro aspecto a tener en consideración dice relación con las sanciones disponibles, las cuales pueden, también, influenciar el tipo de aproximación adoptada. Hutter (1988) sostiene que puede resultar improbable que se adopte una actitud sancionatoria o dura si las sanciones disponibles son débiles (y con mayor razón si, además, la probabilidad de lograr una condena es baja).<sup>210</sup> Lo anterior, sin embargo, no significa que la amenaza o temor a que una sanción sea impuesta no resulte importante en la capacidad para adoptar un estilo persuasivo. Para que esto último ocurra es esencial que la amenaza sea creíble. Esto obliga a que aunque se opte preferentemente por una aproximación persuasiva debe intentar obtenerse sanciones que disuadan.

---

<sup>210</sup> Debe tenerse en consideración, también, si quien fiscaliza es también quién sanciona o no. Es posible sugerir que la distinción según quién tiene la potestad para imponer una sanción puede tener impacto en la decisión de una autoridad administrativa respecto de si le conviene o no escalar el caso ante una autoridad o tribunal diferente con el objeto de buscar una sanción. Debe considerarse que al pasar el caso a una autoridad distinta se pierde el control del mismo, lo cual puede inhibir la búsqueda de una sanción. No sólo eso, desde el momento en que el ente administrativo intenta perseguir judicialmente al infractor, siempre existirá el riesgo de que la sentencia sea adversa a sus propósitos y, eventualmente, se asiente una interpretación perjudicial para sus intereses.

#### 4.2. La caracterización de los regulados: tipo de incumplidor y tamaño de la empresa regulada

La existencia del estilo de “enforcement” que se tenga (sancionatorio - disuasivo o persuasivo - colaborador) depende, también, del tipo de regulado (o incumplidor) de que se trate. Kagan y Scholz (1984), sugirieron que los regulados a quienes se les quiere aplicar y hacer cumplir una regulación pueden ser clasificados en: calculadores amoraless, ciudadanos políticos e incompetentes organizacionalmente. También es posible utilizar expresiones diferentes pero análogas. Así, pues, basado en parte en lo propuesto por Hood (1986, p.55), es posible distinguir entre tres tipos de incumplidores: (1) el actor racional, oportunista y calculador, el cual está motivado principalmente por la búsqueda de ganancias, de modo que su decisión acerca de si cumplir o no cumplir es de carácter económica basada en los costos y beneficios esperados de cometer la infracción, unido a la probabilidad de que detecten su violación y consigan condenarlo por la misma; (2) el actor incompetente, el cual a pesar de poder estar bien dispuesto a cumplir con la norma, la incumple por incapacidad o ignorancia; y (3) el actor basado en principios y que, por tal razón, es muy improbable que cambie su comportamiento, el cual puede ser consistente tanto con un cumplimiento como por un incumplimiento de lo regulado, según el caso. En este último caso, es decir, el de un incumplidor por razones de principios, es posible su caracterización como incumplidor irracional. La consecuencia en términos de la estrategia de “enforcement” a seguir es diferente según el tipo de incumplidor. En efecto, el incumplidor oportunista es más probable que responda mejor ante un estilo más duro o sancionador. De la misma manera, el incumplidor incompetente

puede responder más apropiadamente si se sigue con él una estrategia persuasiva o colaborativa. Lo anterior es sin perjuicio de lo que se explicó precedentemente en el sentido de que los regulados pueden al mismo tiempo ser oportunistas e incompetentes, según las circunstancias, y, por lo tanto, necesitar de estilos ambivalentes para lograr mayores niveles de cumplimiento regulatorio.

Cuadro N°5: Estilos de “enforcement” según tipos de incumplidores

		Estilo de “enforcement”	
		Persuasivo (suave)	Sancionatorio (duro)
Tipo de incumplidor	Incompetente	{+} Puede cambiar el comportamiento	{-} No ayuda a disminuir directamente la incompetencia
	Oportunista	{-} Improbable un cambio de comportamiento	{+} Probable una reducción en la evasión oportunista
	“Principista”	{- / +} Puede reducir los niveles de disidencia, pero es improbable un cambio de comportamiento	{-} Puede llevar a la victimización o “martirio auto-infligido”

Fuente: Adaptado de Hood (1986)

No sólo las empresas reguladas pueden caracterizarse según su capacidad y predisposición a cumplir con la legislación, sino que el tamaño de una compañía también es un elemento a tener en consideración en los intentos por explicar los factores de los cuales depende el estilo de “enforcement” utilizado. Siguiendo a Black (2000, p.12), hay que considerar la hipótesis de que, desde la perspectiva sancionatoria, exista un estilo menos fuerte respecto de una compañía de tamaño grande que de una pequeña, principalmente debido al desafío jurídico y político que puede provenir de empresas grandes a intentos sancionatorios de la autoridad. Asimismo, podría argüirse que mientras mayor cercanía (o distancia relacional) exista entre el regulador y el regulado, más posibilidades existen para la adopción de una estrategia colaborativa. Black (2000, p.12), explica que dicha circunstancia puede ser más habitual con las empresas grandes que con las pequeñas. En efecto, se dice que esto ocurriría, entre otras cosas, debido a la mayor o menor frecuencia de la interacción producto de la mayor probabilidad de que sean las grandes empresas los actores más permanentes del mercado y, además, a que en ciertos ámbitos (como la libre competencia) el mayor potencial daño deriva de éstas más que de empresas pequeñas.

Finalmente, se sostiene, también, que la efectividad de una estrategia colaborativa es mayor con las empresas grandes que con las pequeñas debido a que las grandes compañías suelen tener mayores recursos financieros y capacidad organizacional para cumplir que aquellas empresas de menor tamaño.

#### 4.3. La distancia relacional entre el regulador y el regulado

Profundizando en el tema de la distancia relacional, ya aludido previamente, puede ser útil hacer mención a las hipótesis planteadas por Grabosky y Braithwaite (1986), los cuales proponen que: (a) una agencia con un alto porcentaje de personal proveniente de industrias reguladas perseguirán y sancionarán menos que aquellos cuyo personal es reclutado de otros lugares; (b) agencias que regulan a un relativamente poco número de empresas perseguirán y sancionarán menos que aquellas agencias que regulan a un alto número de compañías; (c) agencias que regulan a sectores económicos o industriales más homogéneos perseguirán y sancionarán menos que aquellas agencias que regulan sectores heterogéneos; y (d) agencias cuyos inspectores o funcionarios tienen un contacto frecuente con las mismas empresas utilizarán menores medias coercitivas que aquellas en las cuales existe menos contacto personal.<sup>211</sup>

#### 4.4. Los costos de cumplimiento para la empresa regulada

Es razonable prever que los costos que imponga una determinada regulación para dar cumplimiento a sus disposiciones o requerimientos, según la percepción subjetiva del regulador, influya en la aproximación que se tenga frente al regulado.

Ahora bien, hay que reconocer que este factor debiera ser menos frecuente en el ámbito de la libre competencia, debido a que se trata de una regulación que opera sobre la base de prohibiciones más que de la imposición de obligaciones de hacer, cumpliendo ciertos estándares. Esto último puede

---

<sup>211</sup> Black (2000, p.13) alude a la existencia de estudios empíricos que no confirmarían las hipótesis (b) y (d), pero que sí confirmarían las indicadas en (a) y (c).

ocurrir, pero principalmente sobre la base de determinaciones individuales más que generales. Una cosa distinta es el balance entre costos y beneficios esperados de cometer o no una infracción, lo cual, desde una óptica racional oportunista, efectivamente puede pesar.

#### 4.5. La naturaleza de la infracción y sus consecuencias, el grado de culpabilidad percibido y la persistencia en las transgresiones

Un factor que puede afectar la predisposición del regulador para adoptar una aproximación más sancionatoria o más persuasiva radica en: (a) la naturaleza de las consecuencias que se derivan de la transgresión y (b) la carga de culpabilidad moral que conlleva la infracción y la culpabilidad percibida del infractor, y c) el grado de persistencia de las infracciones.

Si el funcionario o la agencia administrativa o reguladora perciben que la infracción implica un riesgo significativo e inmediato para el bien jurídico protegido, es probable que la adopción de una posición dura sea la que prevalezca.<sup>212</sup> Hay que tener presente, no obstante, que en el ámbito de la libre competencia pocas veces resulta obvio la existencia de un daño actual o inminente. Lo habitual será que antes de cualquier determinación se realice un examen exhaustivo de carácter prospectivo del mercado. Incluso, en aquellos casos en que se alega un daño actual, éste resulta muy difícil de constatar y más aún de cuantificar.

---

<sup>212</sup> Hutter (1997), pp. 97-98.

Por su parte, si la infracción cometida es de aquellas que tienen una carga de culpabilidad moral,<sup>213</sup> algo no muy típico en las violaciones a normas reglamentarias o a obligaciones de libre competencia (salvo, quizá, dependiendo del contexto, el caso de los carteles duros), la aproximación tenderá a ser una de carácter más sancionatoria. Hay que tener presente, en todo caso, que, en general, “la libre competencia no está preocupada con estándares de conducta éticos o comunitarios, sino sólo de si la conducta es anticompetitiva, esto es, si ésta tiende a reducir la innovación o a reducir el volumen de producción y elevar los precios en algún mercado”.<sup>214</sup>

Igualmente, si ante los ojos del funcionario o agencia reguladora la infracción ha sido más bien accidental, esporádica y sin precedente infraccional previo por parte de la empresa regulada, es posible pensar que se adoptará una estrategia blanda para hacer cumplir la ley.<sup>215</sup> En contraste, si las infracciones son persistentes, la persecución en busca de la imposición de una sanción será, posiblemente, la norma. En casos como este último, el castigo no será tanto por la naturaleza de la infracción como por lo que representa un persistente incumplimiento para la legitimidad de una autoridad regulatoria.

---

<sup>213</sup> En general, las infracciones administrativas o regulatorias, a diferencia de las penales, suelen responder más a la calificación de “mala prohibita”, es decir, aquellas conductas cuya valoración negativa deriva del hecho mismo de su prohibición, lo cual puede ocurrir o no, dependiendo de la legislación que adopte cada país. Las conductas “mala in se”, en contraste, son aquellas que son malas en sí mismas, más allá del hecho de su tipificación legal o administrativa.

<sup>214</sup> Hovenkamp (2005), p.51.

<sup>215</sup> Aunque se adoptara una aproximación sancionatoria, las circunstancias descritas pueden operar como atenuantes en la determinación de la severidad de la sanción.

#### 4.6. El liderazgo, estructura, cultura y recursos de la organización

Como ya se sugirió con anterioridad, la efectividad de una agencia reguladora depende de los recursos de los que dispone. Si se parte de la base que llevar adelante una acción buscando la aplicación de una sanción conlleva un esfuerzo importante en términos financieros y humanos, podría argumentarse que la carencia de recursos tenderá, entre varios otros factores, a privilegiar una aproximación más blanda o débil de “enforcement”.

La rotación de personal o la intensidad del sistema de control interno de la entidad administrativa puede incrementar el nivel de distancia relacional con las empresas reguladas y, con ella, la menor predisposición y facilidad para la adopción de estrategias colaborativas.

Asimismo, el sistema de incentivos internos puede influir en la aproximación adoptada por los funcionarios. Es probable que los funcionarios del ente administrativo encargado de fiscalizar y hacer cumplir la regulación enfoquen preferentemente su acción hacia aquellas actividades que recibirán aprobación de sus superiores. Así, si la medida o parámetro de buen desempeño está relacionado, por ejemplo, con la cantidad de acciones legales formales tomadas en contra de empresas reguladas, es razonable pensar que el estilo de “enforcement” no será primordialmente colaborativo.

Igualmente, el liderazgo interno de la organización puede brindar consistencia y efectividad en la aproximación que se adopte, aunque, en sí mismo, no signifique necesariamente una preferencia por un determinado estilo.



Por el lado de las empresas reguladas ocurre lo mismo. Aspectos tales como el liderazgo interno, la cultura organizacional, el sistema de control interno e incentivos, y los recursos disponibles, entre otros, pueden marcar preferencias respecto del tipo de estilo para lograr la observancia de la normativa. En efecto, un comportamiento colaborativo será más viable si la empresa regulada es capaz de adoptar eficazmente prácticas favorables a la prevención de incumplimientos, lo cual dependerá de la concatenación de los elementos recién mencionados.

#### 4.7. La actitud, historia y antecedentes personales de los funcionarios públicos

Los encargados de hacer cumplir las regulaciones son, en último término, personas cuya historia, valores y antecedentes previos pueden influir en el estilo que se adopte. Tal como lo recalca Black (2000, p.15), las inclinaciones personales de los funcionarios públicos son importantes, las cuales están relacionadas en parte con sus propios valores personales, conocimiento técnico y su experiencia actual y pasada, así como con su relación con las compañías reguladas y sus propios valores personales.

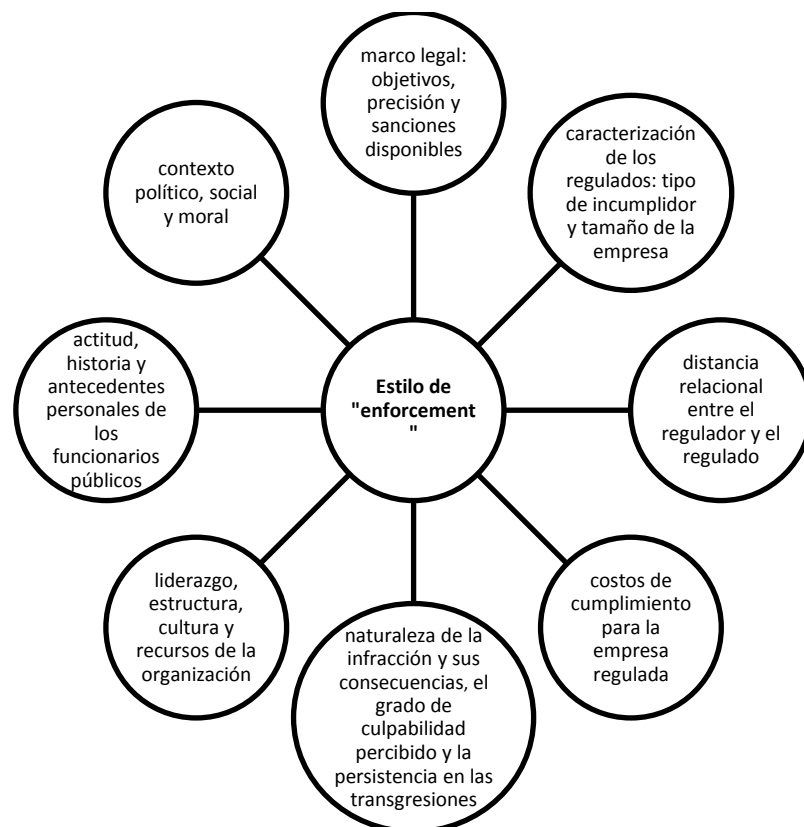
#### 4.8. El contexto político, social y moral

Las entidades fiscalizadoras operan en un contexto en el cual las demandas políticas, la atención de los medios de comunicación, las condiciones económicas, la preocupación social y la legitimidad moral ejercen presiones complejas y contradictorias. Estas presiones pueden afectar las prioridades de “enforcement”, los procedimientos de

inspección y la actividad sancionadora. La manera exacta cómo ese tipo de presiones es internalizada al interior de la agencia, varía caso a caso. Sin perjuicio de lo anterior, es muy probable que si la entidad regulatoria está bajo el ojo de la política y de los medios de comunicación, ésta adopte una aproximación sancionadora de modo de indicarle a aquellas audiencias que “algo está siendo hecho” .<sup>216</sup>

Recapitulando lo explicado en el apartado 4, en el cuadro que se presenta a continuación se ilustran diferentes factores que, sin constituir una lista cerrada o concluyente, afectan la aproximación que un regulador tenga al momento de hacer cumplir una legislación:

Figura N°5: Condicionantes del estilo de “enforcement”



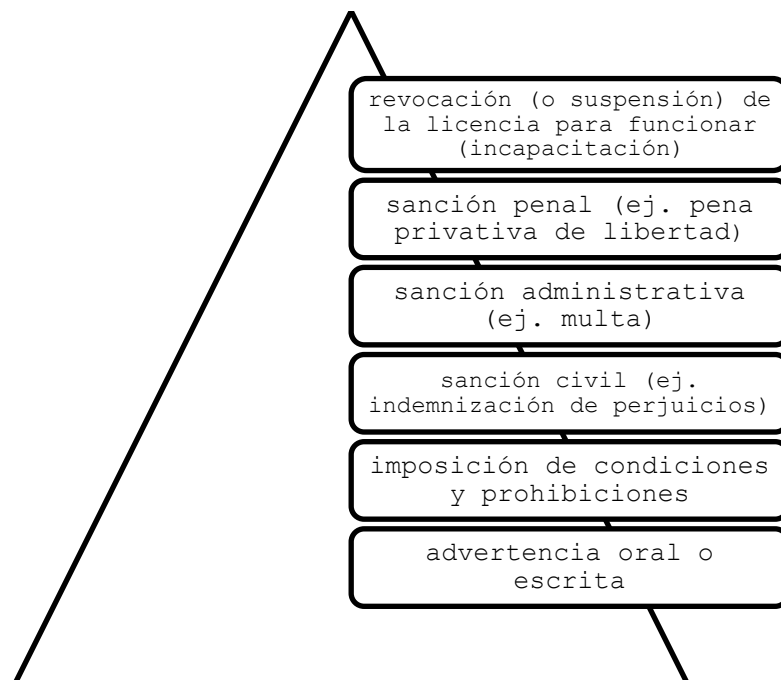
Fuente: adaptación de marco analítico descrito por Black (2000)

<sup>216</sup> Black (2000), p. 15.

## 5.- Interrelación entre los dos estilos de “enforcement”

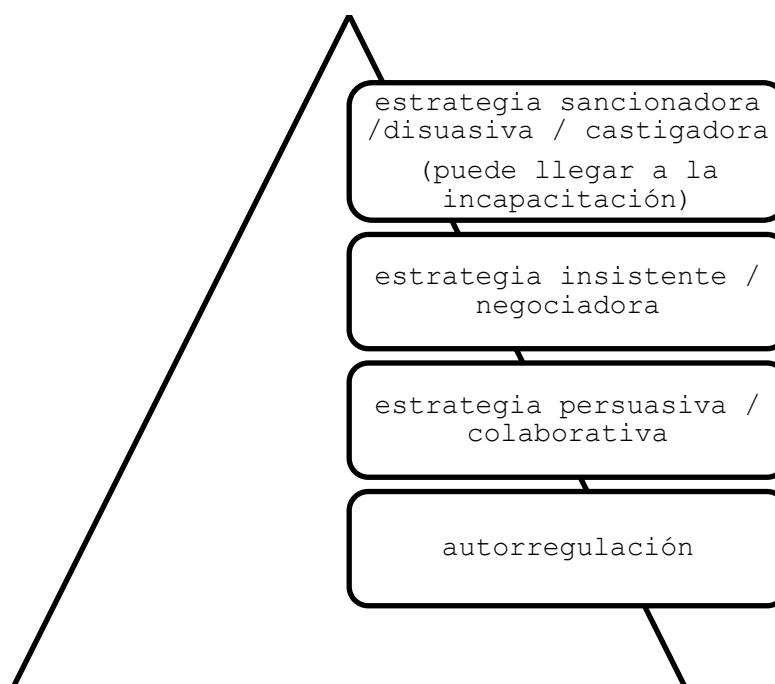
No obstante los contrastes entre los dos diferentes estilos de “enforcement”, y más allá de los factores explicativos de la preminencia de una u otra orientación, la realidad muestra y la teoría aboga por una mezcla de ambas aproximaciones. El tema no es si sancionar (disuadir) o persuadir, sino cuándo persuadir y cuándo sancionar. Para ilustrar lo anterior Ayres y Braithwaite (1992) introducen el concepto de pirámides de “enforcement”. Una de ellas muestra una jerarquía de sanciones, y la otra una jerarquía de estrategias regulatorias.

Figura N°6: Pirámide de sanciones



Fuente: adaptación en base a Ayres y Braithwaite (1992)

Figura N°7: Pirámide de estrategias de “enforcement”



Fuente: adaptación en base a Ayres y Braithwaite (1992)

Sin perjuicio que se han identificado tres o cuatro estrategias de “enforcement”, según si cabe o no considerar la autorregulación pura como una estrategia propiamente tal, resulta útil aclarar que sigue siendo válida la dicotomía fundamental entre estrategia sancionadora o dura y estrategia persuasiva o blanda. La estrategia insistente o negociadora puede considerarse como una variante (menos blanda) de la estrategia persuasiva.

Lo que nos muestran las figuras anteriores es que existe una graduación de sanciones y de estrategias. Asimismo, la forma piramidal de las aludidas figuras refleja el tipo de sanción o estrategia que es esperable sea utilizada en mayor medida. Por ejemplo, la estrategia persuasiva, al encontrarse más hacia la base de la pirámide, indica que, en general, debe pensarse en utilizarse más y primero que la estrategia

sancionadora. En efecto, se parte del supuesto de que si la estrategia persuasiva no funciona, el regulador debe responder ( “ responsive regulation ” ) utilizando una aproximación sancionadora o disuasiva.

Ya se explicaron con detalle los factores de los cuales depende la estrategia en “enforcement” que se va a utilizar. A modo ilustrativo, podría sostenerse que la respuesta regulatoria tanto a nivel de sanciones como de estrategias podría depender de las características y conductas de los regulados. Así, por ejemplo, Ayres y Braithwaite (1992) advierten que mientras más incumplidora sea la empresa regulada, mayor será la sanción que debiera ser aplicada y más intrusiva la estrategia regulatoria a ser adoptada.

Lo que se sugiere es que las estrategias más persuasivas o de cumplimiento cooperativo resultarán la mayor parte del tiempo con la mayoría de las empresas y que las estrategias disuasorias o sancionatorias son más probables que funcionen ante una falla de aquellas de índole más persuasivas o cooperativas. Sólo frente a una falla disuasoria se asume, finalmente, que la incapacitación, como estrategia, será la más probablemente idónea.<sup>217</sup> Se asume que los tres tipos de estrategias mencionadas a menudo fallarán, pero se argumenta que un tipo de arreglo como el mencionado permite que las

---

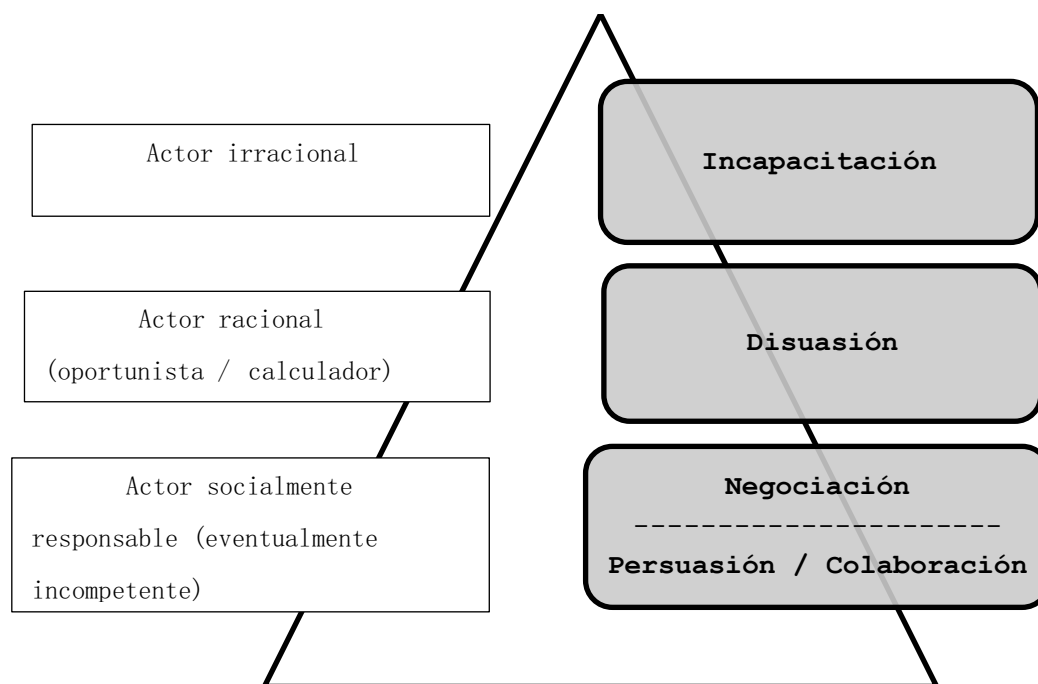
<sup>217</sup> La incapacitación opera normalmente a través de penas privativas de libertad. No obstante, en el ámbito corporativo, dicho término alude generalmente a medidas tales como la suspensión o revocación de licencias o autorizaciones de funcionamiento o comercialización, al embargo de títulos accionarios, a la descalificación o prohibición del directorio o parte del mismo (u otra forma de intervención en la administración de la sociedad) o, incluso, a la disolución de la sociedad. Más allá de la posibilidad de considerar la estrategia de incapacitación de una forma autónoma, en el presente trabajo será usualmente incluida dentro de lo que se conoce como estrategia sancionadora, disuasiva, castigadora o dura.

debilidades de una estrategia sean cubiertas por las fortalezas de las otras.

La figura piramidal de abajo nos dice algo muy general acerca del contexto donde es más probable que cada una de las aproximaciones funcione, para lo cual se hace una distinción según el tipo de actor. No obstante, argumentan Ayres y Braithwaite (1992), todos nosotros como personas y todas las compañías, como tales, tienen sus momentos. Así, habrá circunstancias en las que los regulados actúen de una forma socialmente responsable (la base de la pirámide), de una manera oportunista y racional (zona media) o, en último término, de una forma irracional (zona alta). En otras palabras, se plantea que todos tenemos personalidades múltiples que nos permiten actuar de una u otra manera en diferentes momentos. La principal utilidad de una regulación inteligente consistiría, de acuerdo a lo planteado, en estimular la faceta más virtuosa del regulado cuando algo importante está en juego desde el punto de vista regulatorio. Si lo anterior ocurre, la aproximación debe tender a ser aquella de la base de la pirámide. Por el contrario, cuando se aprecia determinación en la actitud de resistencia del regulado, la estrategia de “enforcement” debe moverse hacia arriba en la pirámide. Lo que se sugiere en este modelo dinámico es que los reguladores o fiscalizadores deben constantemente moverse hacia arriba o hacia abajo de la pirámide de una forma estratégica y que la actividad de “enforcement” es efectiva cuando conduce a mejorar las posibilidades de cumplimiento voluntario o colaborativo, y las actividades de cumplimiento más voluntario y colaborativo son

efectivas, en general, sólo cuando ellas son respaldadas por fuertes acciones de “enforcement” .<sup>218</sup>

Figura N ° 8: Vinculación entre caracterización de los regulados y la estrategia de “enforcement” (y sanciones)



Fuente: adaptación N°2 de la pirámide de “enforcement” de Ayres y Braithwaite

Como se ha explicado a lo largo de este capítulo, el grado de observancia y cumplimiento de una legislación depende de la influencia de varios factores. Así, desde la perspectiva de los regulados, es posible sostener que las causas del incumplimiento de una normativa pueden deberse, en primer lugar, a una ausencia de conocimiento y comprensión de la

<sup>218</sup> Parker, Braithwaite y Stepanenko (2004).

regulación, para lo cual la complejidad de la norma y del sistema en su conjunto constituyen factores de influencia.

En segundo lugar, la falta de observancia de una regulación puede tener su causa en la inhabilidad e incapacidad de los regulados para cumplir con la regulación. En efecto, puede que la autoridad encargada de ejecutar y hacer cumplir la ley no apoye o eduque suficientemente a los regulados para que éstos puedan cumplir con lo requerido. Puede, asimismo, que no se sea capaz de cumplir con la normativa debido a que se ha elegido el instrumento regulatorio equivocado para resolver el problema que justificó la intervención del Estado, o bien, en último término, porque el cumplimiento de la regulación supera, debido a sus costos, las posibilidades del regulado para dar observancia a lo requerido por la regulación.

Finalmente, un tercer tipo de causa que puede afectar el cumplimiento u observancia de una regulación radica en la falta de disposición del grupo objetivo a cumplirla. Puede suceder, a este respecto, que la regulación sea demasiado legalista o formal, o que tenga muy poca relación con el objetivo buscado, lo cual puede afectar el interés o disposición de los regulados por cumplirla. Igualmente, puede que la legislación entre en conflicto con poderosos incentivos de mercado o prácticas culturales. Asimismo, puede que los regulados no se sientan compelidos a cumplir con una regulación formulada sin haberlos escuchado o considerado en forma previa, disposición que también puede verse afectada si los regulados la perciben como injusta, sea respecto de sus fines o de sus procedimientos. Adicionalmente, puede ocurrir que la autoridad falle en el monitoreo o fiscalización de la regulación, lo cual puede ser aprovechado por regulados oportunistas dispuestos a ponderar los riesgos de que se



detecte un comportamiento infractor con los beneficios esperados que puede obtener de una vulneración a la ley. Por último, puede ocurrir que la disposición del grupo al cual va dirigida la regulación no se vea disuadido por las sanciones establecidas por la ley.

La tipología respecto de las causas del incumplimiento o inobservancia de una regulación permiten distinguir al menos dos tipos de incumplidores. Por un lado, están aquellos que desean cumplir con la normativa, pero que no la conocen bien, no son capaces, o no saben cómo cumplirla. Por otro lado, están aquellos incumplidores oportunistas, los cuales tendrán la disposición o no a observar la ley dependiendo de la ponderación racional que realicen respecto de los beneficios y costos esperados. Las causas de incumplimiento o los dos tipos generales de incumplidores dan lugar a dos estilos principales que una autoridad puede adoptar para hacer cumplir la ley: un estilo basado en la persuasión y colaboración, y otro más persecutor sustentado en el poder disuasivo de las sanciones.

Existen múltiples factores que influyen en el estilo o estrategia que adopte una autoridad para hacer cumplir una regulación: (1) el marco legal: objetivos, precisión de las normas y sanciones disponibles; (2) la caracterización de los regulados; (3) la distancia relacional entre el regulador y el regulado; (4) los costos de cumplimiento para la empresa; (5) la naturaleza de la infracción y sus consecuencias, el grado de culpabilidad percibido y la persistencia en las transgresiones; (6) el liderazgo, estructura, cultura y recursos de la organización, tanto en el caso del regulado como del regulador; (7) la actitud, historia y antecedentes personales de los reguladores y regulados; y (8) el contexto político, social y moral.

Sin perjuicio de lo anterior, y desde una óptica valorativa más que explicativa, es posible sostener, en primer lugar, que los estilos o estrategias para hacer cumplir una regulación ( “enforcement” ) pueden visualizarse como una pirámide en cuya base se encuentra la estrategia persuasiva o colaborativa, para seguir progresivamente hacia su pináculo con una estrategia intermedia que podría denominarse como insistente o negociadora, culminando con una estrategia más dura como la sancionadora o disuasiva.

La estrategia persuasiva o colaborativa debiera utilizarse en mayor medida y, en general, en forma previa a estrategias más duras, las cuales debieran adoptarse ante un fracaso de las anteriores. Así, las debilidades de una estrategia pueden ser cubiertas por las fortalezas de las otras. En efecto, existe interdependencia entre las diferentes estrategias. De hecho, una estrategia persuasiva o una negociadora difícilmente funcionarán sin que esté latente la posibilidad de adopción de una estrategia más disuasiva como la sancionadora. Igualmente, debe tenerse presente que los encargados de hacer cumplir la regulación deben moverse hacia arriba o abajo de la pirámide según las características de los regulados, las cuales pueden variar de forma constante según las circunstancias. Es el modelo recién expuesto el cual servirá de base para el análisis de las diferentes opciones de instrumentos dirigidos a la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia.

## CAPÍTULO 6

### ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS DE COLABORACIÓN Y NEGOCIACIÓN PARA LA EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO DE LIBRE COMPETENCIA (1): POLÍTICAS DE PROMOCIÓN Y DE NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS

De acuerdo al marco analítico desarrollado en el capítulo anterior, en los tres capítulos siguientes se examinarán opciones estratégicas claves para una adecuada ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia. Es así como se analizarán, en primer lugar, las estrategias de colaboración, persuasión o promoción, seguidas de las estrategias de negociación (las cuales se tratarán en conjunto con las primeras), para finalizar con las estrategias sancionatorias.

#### 1.- Estrategias y herramientas de colaboración o promoción (“advocacy”)

En el capítulo precedente se destacó que el cumplimiento u observancia de una normativa depende, desde el punto de vista de los regulados, del grado de conocimiento y comprensión de la regulación, de su capacidad para poder cumplir con ésta y de la disposición racional que se tuviera frente a lo normado. Frente al último elemento, una estrategia sancionatoria o disuasiva resulta altamente recomendable. En contraste, para hacerse cargo de los dos primeros factores la existencia de una estrategia persuasiva, de colaboración o de promoción puede ser muy apropiada. A continuación se analizarán estos dos últimos factores bajo la

aceptada denominación de “abogacía o promoción de la competencia” .

### 1.1. La abogacía o promoción de la competencia: aspectos generales

#### a) ¿Qué significa la abogacía o promoción de la competencia?

Cuando se hace referencia a la expresión “competition advocacy” o abogacía de la competencia se está aludiendo a aquellas “ actividades conducidas por la agencia de competencia relacionadas con la promoción de un ambiente competitivo por medio de mecanismos no persecutorios, <sup>219</sup> principalmente a través de su relación con otras entidades gubernamentales e incrementando la conciencia pública acerca de los beneficios de la competencia” .<sup>220</sup>

Más específicamente, las dos principales áreas de acción de una política de abogacía o promoción de la competencia son las de persuadir a otras autoridades públicas de no adoptar medidas innecesariamente anticompetitivas, e incrementar la conciencia acerca de los beneficios de la competencia y del

---

<sup>219</sup> El texto original en inglés utiliza la expresión “by means of non-enforcement mechanism” . Aquí, en este caso, la expresión “enforcement” está siendo usada en un sentido más restringido, es decir, concordante con estrategias de cumplimiento de carácter persecutorio - sancionatorio.

<sup>220</sup> ICN (2011), p.3. La definición original en inglés es la siguiente: “activities conducted by the competition agency related to the promotion of a competitive environment by means of non-enforcement mechanisms, mainly through is relationships with other govermental entities and by increasing public awareness of the benefits of competition” .

rol que el derecho y política de competencia pueden jugar entre los agentes económicos, autoridades públicas, el sistema judicial y el público en general. En otras palabras, la idea central consiste en promover una cada vez más creciente cultura de la competencia en un determinado país.<sup>221</sup>

En términos más específicos, las entidades o personas a las cuales una política de promoción de la competencia suele ir dirigida son aquellas tales como: departamentos gubernamentales, reguladores, y entidades públicas tanto a nivel nacional, regional o comunal; gente de negocios, organizaciones involucradas con el comercio y asociaciones gremiales, en general; consumidores y asociaciones de consumidores; expertos legales y de la industria en el área de la competencia; académicos especializados en el tema; y los medios de comunicación.<sup>222</sup>

Respecto de los tipos de actividades que las autoridades de competencia realizan como parte de sus esfuerzos por promover la competencia, la encuesta a las agencias de competencia de que da cuenta el documento de la ICN (2009a, pp.6-7) señalan las siguientes: proporcionar comentarios y consejos respecto de propuestas legislativas, iniciativas reglamentarias y políticas públicas; participar en consejos y grupos de trabajo intergubernamentales; participar en reuniones y discusiones con otras entidades gubernamentales; conducir estudios de mercado, proyectos de investigación o

---

<sup>221</sup> La labor de “advocacy” está estrechamente vinculada con la función de comunicación de toda agencia de competencia, tal como se vio en el apartado correspondiente de este trabajo.

<sup>222</sup> Uno de los aspectos relevantes para una política de “advocacy” o promoción efectiva es, según la ICN (2011, p.13), la identificación y vinculación con los actores relevantes a los cuales se dirigirán los esfuerzos ( “key stakeholders” ).

emisión de reportes; dictar comunicaciones, guías, directrices u otras publicaciones explicativas;<sup>223</sup> conducir o participar en seminarios, grupos de trabajo, conferencias o programas de entrenamiento; conducir relaciones con autoridades judiciales, con la comunidad de negocios, con la comunidad económica y con la comunidad académica; educar al público; y establecer relaciones y efectuar actividades con la comunidad internacional relevante en la materia.

#### b) La cultura de la competencia

Hay que tener presente, tal como lo remarca la ICN (2002, p.x), la cual realizó una acabada encuesta a agencias de competencia de más de cincuenta países, que la cultura de la competencia está estrechamente relacionada con la edad de la economía de mercado existente en un determinado país. Otro aspecto a tener en consideración radica en la experiencia de la autoridad de competencia.

Resulta interesante constatar que algunas razones que las agencias encuestadas mencionaron sobre cuáles son las causas de la fortaleza de una cultura de la competencia son: “la participación de la agencia de competencia en reformas regulatorias y procesos de privatización; una larga experiencia con políticas de competencia; la resolución de casos con una significativa cobertura de los medios de comunicación; la existencia de tribunales de competencia especializados; la interacción con universidades [;] la

---

<sup>223</sup> El alcance jurídico de este tipo de instrumentos es, en lo fundamental, explicado por Illescas (2005, 143).

publicación de decisiones [y] casos de estudio [; y] el liderazgo personal de la autoridad de competencia”.<sup>224</sup>

c) Diferencias entre países desarrollados y en desarrollo, (incluyendo economías en transición) y su impacto en las políticas de “advocacy” o promoción de la competencia

Las políticas de “advocacy” o promoción de la competencia no son ajenas a los niveles de desarrollo de los diferentes países. Siguiendo en esto a la ICN (2002, pp.37-38), es posible identificar diferencias entre países desarrollados y en desarrollo (incluyendo a las economías en transición). Las diferencias relevantes a tener en consideración para la efectividad de una política de competencia son las siguientes:

Primero, en los países en desarrollo y economías en transición las instituciones de mercado son mucho más débiles que en economías desarrolladas. Esto resulta especialmente evidente en economías en transición que sólo recientemente han adoptado la economía de mercado como sistema de organización económica. En estos casos, los agentes del mercado y el público en general suelen tener un menor entendimiento acerca de los beneficios de la competencia. De hecho, suele responsabilizarse a la competencia de muchos de los dolores que afligen a economías en transición. La competencia en estos países a veces es acusada de injusta, excesiva o, incluso, destructiva. En países en desarrollo y economías en transición “la competencia extrema es a menudo el chivo expiatorio de grupos de presión que luchan por la preservación de privilegios establecidos bajo el antiguo régimen. Esto

---

<sup>224</sup> ICN (2002), p. x.

plantea desafíos especiales para la política de promoción de la competencia en dichos países” , la cual es esperable que enfrente un ambiente más hostil que el que encontrarían en países desarrollados.<sup>225</sup>

Segundo, en países en desarrollo y economías en transición la transparencia de los procedimientos y el control o rendición de cuentas de las autoridades públicas es, usualmente, menor que en los países en desarrollo. Cuando las autoridades públicas están menos acostumbradas a dar explicación pública de sus actos tienden a no tomar en consideración las sugerencias o consejos de las autoridades de competencia.

Tercero, en países en desarrollo y, en especial, en economías en transición, suelen existir numerosas privatizaciones de empresas públicas, lo cual da lugar a un intenso proceso de regulación con el fin de evitar que antiguos monopolios estatales se conviertan, simplemente, en monopolios privados. De esta manera, la labor de abogacía y promoción de la competencia tiene la oportunidad de dar forma o influir en procesos privatizadores de los cuales suelen carecer países desarrollados.

Cuarto, muchos países en desarrollo y economías en transición han llevado a cabo procesos de liberalización del comercio y las inversiones que han gatillado el surgimiento de grupos de interés que intentan influir en autoridades públicas con el fin de que se introduzcan medidas selectivas que permita la reinstalación de sus privilegios perdidos. En este sentido, la función de promoción de competencia desarrollada por las autoridades del rubro tiene un rol importante que

---

<sup>225</sup> ICN (2002), p. 37.



jugar en convencer a las autoridades pertinentes de abstenerse de tomar medidas innecesariamente dañinas en dicha área.

Finalmente, en muchos países en desarrollo y economías en transición, particularmente en las más pequeñas, existen severas limitaciones sobre la disponibilidad de recursos necesarios para el establecimiento y desarrollo efectivo de una autoridad de competencia.

Precisamente, a propósito del último de los puntos mencionados, es razonable la conclusión de que en el caso de países en desarrollo o en transición, donde el establecimiento de autoridades de competencia son nuevas o recientes y no existe una cultura de la competencia asentada, la etapa de implementación debe enfocarse, principalmente, a tareas de “advocacy” o promoción, adoptando sólo después, y de manera gradual, estrategias de cumplimiento más duras y que se concentren, al principio, en conductas relativamente simples de evaluar.<sup>226</sup> Una razón para preferir este tipo de estrategias más blandas radica en los beneficios que irroga generar una conciencia y actitud más colaborativa de parte de los regulados, lo cual resulta menos intensivo en término de costos que enfocarse en estrategias de persecución judicial para lo cual puede que, en un comienzo, se carezca de los recursos humanos y financieros suficientes.

#### d) La dimensión internacional de la abogacía de la competencia

En general, las iniciativas de abogacía y promoción de la competencia no están dirigidas a entidades foráneas. Sin embargo, hay que reconocer que existen varias organizaciones

---

<sup>226</sup> Ver a Kovacic (1997).

internacionales y multilaterales que proporcionan apoyo técnico a autoridades de competencia nacionales para llevar a cabo sus actividades de promoción.

Entre las organizaciones internacionales cabe mencionar a la OECD, al Banco Mundial, a la UNCTAD y a la ICN. Muchos de sus informes, reportes o artículos son de invaluable interés para el área de la libre competencia, tanto para agencias de competencia nacionales como para particulares interesados en la materia.

Igualmente, organizaciones internacionales como la OMC, la APEC y algunos acuerdos de libre comercio contienen disposiciones o sugerencias en materia de política de competencia.<sup>227</sup>

Finalmente, hay que considerar que el cultivo individual de relaciones (formales o informales) con entidades pares de otros países puede ser de mucha ayuda para ejercer el rol de “advocacy” o promoción de la competencia por parte de autoridades de competencia nacionales.

## 1.2. “Advocacy” o promoción de la competencia en procesos regulatorios

Cuando con anterioridad se explicó la noción de “competition advocacy”, se dio a entender que ésta tiene dos componentes o roles fundamentales: incrementar la conciencia pública general acerca de los beneficios de la competencia y, de una manera más específica, promover un ambiente competitivo a través de influir en otras entidades gubernamentales.

---

<sup>227</sup> Ver, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, celebrado el 6 de Junio de 2003.

Según la ICN (2002, p.vii), la participación en los procesos legislativos y regulatorios son vistos, generalmente, como el más importante componente de la abogacía o promoción de la competencia, debido a que su influencia resulta más palpable que aquellas actividades de promoción más generales en cuanto a su contenido y público objetivo.

#### a) Consideraciones generales

De acuerdo al precedentemente aludido texto de la ICN, existen cinco aspectos generales a tener en consideración en relación a la efectividad de la promoción de la competencia en procesos regulatorios (legislativos y reglamentarios):<sup>228</sup>

En primer lugar, hay que considerar que cualquier procedimiento de consulta u otro en el que una autoridad de competencia intente aportar su punto de vista y, en último término, ejercer influencia, debe brindar la oportunidad de tiempo suficiente para que aquello ocurra.

En segundo lugar, no es irrelevante si la consulta o el espacio para que participe e influya una autoridad de competencia en un proceso regulatorio sea obligatorio o discrecional.

En tercer lugar, hay que tener presente, también, que marca una diferencia el hecho de que las apreciaciones de una autoridad de competencia sean vinculantes. Si existe obligación de consultar y, además, la opinión de una autoridad de competencia es vinculante, el impacto en términos de promoción de la competencia puede ser enorme.

---

<sup>228</sup> Ver ICN (2002), p.viii.

En cuarto lugar, aunque la opinión o recomendación de una autoridad de competencia no sea vinculante, si existiere la obligación de la autoridad pública de justificar o explicar por qué no adoptó la sugerencia hecha, la promoción de la competencia se vería fortalecida.

Finalmente, hay que tener presente el valor positivo que puede tener para la promoción de la competencia la transparencia acerca de las recomendaciones realizadas por una autoridad de competencia, así como de la recepción de la autoridad pública frente a ésta. Lo manifestado permite incrementar la legitimidad del sistema y posibilita incrementar la visibilidad y, con ello, la conciencia acerca de la importancia de la libre competencia en los mercados y en las políticas públicas.

#### b) Promoción de la competencia, regulación y grupos de interés

Como se ha planteado desde el principio de este trabajo, la libre competencia es una noción compleja y conflictiva. Aun cuando la eficiencia económica sea el único objetivo, noción no ajena a diferentes interpretaciones, pueden surgir conflictos entre autoridades de competencia responsables por la implementación de este tipo de políticas y otras autoridades públicas a cargo de llevar adelante otros objetivos de política pública. Lo anterior puede dar lugar a diferencias, tensiones o conflictos entre autoridades de competencia y otras autoridades.

Para avizorar, en parte, la importancia de la labor de promoción de la competencia por parte de las agencias de competencia en relación con otras autoridades públicas, hay que tener presente que estas últimas (en particular tratándose

de reguladores sectoriales específicos), están expuestas a presiones de poderosos grupos de interés que hacen “lobby” o ejercen influencia para la obtención de privilegios que pueden llegar a dañar a los consumidores. Debido a que tales grupos de interés son pequeños y fáciles de organizar, a diferencia de aquellos tan dispersos como el de los consumidores, no puede descartarse que en algunas instancias los reguladores sectoriales puedan ser capturados por los primeros. Esto se puede ver agravado por el hecho de que los reguladores dependen, en parte, de información proporcionada por los mismos regulados. Como consecuencia, los intereses de los consumidores pueden tender a encontrarse sub-representados en las decisiones de los reguladores, existiendo, en consecuencia, una importante labor de “advocacy” o promoción para lograr restablecer el balance.<sup>229</sup>

Ante el planteamiento precedente, se podría argumentar que así como una autoridad regulatoria sectorial puede verse capturada por grupos de interés, de la misma manera existe el riesgo de que la autoridad de competencia sea objeto de captura. No obstante, pueden proporcionarse argumentos en virtud de los cuales se sugiere que una autoridad de competencia, en general, se encuentra menos vulnerable al fenómeno de la captura que organismos regulatorios sectoriales. El principal argumento para respaldar una posición como la anterior radica en que la política de competencia es esencialmente horizontal, tratando varios sectores al mismo tiempo, a diferencia de autoridades regulatorias sectoriales, las cuales se ven afectas a un continuo diálogo con una o pocas partes.<sup>230</sup> En otras palabras, en el ámbito de la libre competencia la distancia relacional

---

<sup>229</sup> ICN (2002), p. 33.

<sup>230</sup> ICN (2002), p. 33.

entre el regulador (agencia de competencia) y los regulados es mayor que en ámbitos regulatorios especiales.<sup>231</sup>

c) Evaluación de impacto regulatorio desde la perspectiva de la competencia

En el presente trabajo se ha destacado varias veces que la competencia incentiva a las empresas a ajustar sus precios y mejorar la calidad de sus productos y servicios, estimulando la innovación y la búsqueda de medios eficientes de producción. En otras palabras, la competencia puede incrementar el desempeño económico, abriendo nuevas oportunidades comerciales para los ciudadanos y reduciendo los costos de los servicios a través de toda la economía. Sin embargo, existen regulaciones (leyes, reglamentos y otras normas de inferior jerarquía) que restringen o distorsionan la competencia en el mercado.

Una de las herramientas de promoción de la competencia más interesantes dice relación con las guías que una autoridad de la competencia puede emitir para la evaluación del impacto en la competencia de iniciativas regulatorias. De hecho, la OECD<sup>232</sup> y varios países, tales como el Reino Unido<sup>233</sup> y España<sup>234</sup>, han elaborado guías para orientar a los poderes públicos en el diseño de regulaciones que permitan evaluar su impacto en la competencia y así evitar la introducción de restricciones injustificadas a la misma.

---

<sup>231</sup> Sobre el uso de la noción de distancia relacional ver a Black (2002, p.12).

<sup>232</sup> Ver OECD (2007a).

<sup>233</sup> Ver OFT (2007).

<sup>234</sup> Ver CNC (2009).

El sentido de un ejercicio como el que proponen este tipo de guías “no es tanto poner de manifiesto en un documento que un proyecto normativo restringe la competencia en los mercados de forma injustificada o desproporcionada, o que otra alternativa regulatoria habría resultado mejor desde el punto de vista de la competencia, sino, precisamente, que el propio órgano proponente tome conciencia de ello y evite el problema”<sup>235</sup>.

### (1) Estructura de análisis

La “Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos” emitida por la Comisión Nacional de la Competencia de España, la cual se ha basado, en parte, en el documento de la OECD e, indirectamente, en la del Reino Unido,<sup>236</sup> sintetiza muy bien los pasos o etapas de análisis que debieran llevarse a cabo para valorar un proyecto normativo desde el punto de vista de la competencia, los cuales consisten en la identificación, justificación y evaluación de alternativas.<sup>237</sup>

---

<sup>235</sup> CNC (2009), p.7.

<sup>236</sup> La guía emitida por el Reino Unido es previa a aquella publicada por la OECD.

<sup>237</sup> La guía española sobre la materia no sólo aspira a analizar y valorar, desde el punto de vista de la libre competencia, proyectos normativos, sino también actuaciones administrativas. Tal como lo manifiesta la CNC (2009, pp.6-7), “este tipo de análisis y valoración debe hacerse en todos los niveles de actuación de la Administración. [] Por lo tanto, no debe limitarse a aquellas normas de mayor rango como leyes o reales decretos, sino que debe ser aplicado también en normas de rango inferior (órdenes, resoluciones, etc.) e incluso actos administrativos, puesto que, muy a menudo, las restricciones a la competencia no se introducen en los textos básicos, sino en sus normas de desarrollo y de aplicación”.

## [i] Identificación

Como bien lo manifiesta la CNC (2009, p.8), el primer paso analítico consiste en la “identificación de los posibles efectos negativos sobre la competencia que pudiera generar la norma o actuación prevista [, la cual] se basa en la realización de preguntas clave que ayudan, de forma muy intuitiva, a ‘ pensar ’ desde el punto de vista de la competencia e identificar posibles problemas” .

Siguiendo sobre el particular la lista de verificación o identificación de la OECD (2007a, p.41) y de la CNC (2009, p.15), las cuales son prácticamente idénticas, es posible señalar los siguientes parámetros expresados en forma interrogativa:

- ¿Se limita el número o variedad de los proveedores u operadores? Es posible que una situación así suceda si el proyecto o propuesta: otorga derechos exclusivos a un operador; establece un sistema de licencias, permisos o autorizaciones como requisito para operar en el mercado; limita la capacidad de ciertos tipos de operadores para ofrecer sus productos o servicios; eleva en forma significativa el costo de entrada o de salida para un proveedor; o crea una barrera geográfica a la libre circulación de bienes y servicios.
- ¿ Se limita la capacidad de los proveedores u operadores para competir? Puede ser éste el caso si la propuesta: controla o influye de manera sustancial sobre los precios de bienes o de servicios; limita la libertad de los proveedores de promocionar o de comercializar sus productos o servicios; establece normas técnicas o de calidad de los productos que sean



más ventajosas para algunos proveedores que para otros; u otorga a los operadores actuales del mercado un trato diferenciado con respecto a nuevos entrantes.

- ¿ Se reducen los incentivos de los proveedores u operadores para competir? Puede que éste sea el caso si el proyecto: genera un régimen de autorregulación o co-regulación; exige o fomenta la publicación de información sobre la producción, los precios, las ventas o el costo de los proveedores u operadores; reduce la movilidad de los clientes para cambiar de proveedor al incrementar los costos explícitos o implícitos para hacerlo; o genera incertidumbre regulatoria para los nuevos entrantes.

Sin perjuicio de lo manifestado con anterioridad, debe tenerse presente, como lo advierte la OECD (2007a, p.68), que aunque la lista de verificación o identificación constituye una base confiable para avistar regulaciones que pueden ocasionar impactos anticompetitivos, la importancia relativa de los diferentes impactos puede tener variaciones importantes. Esto quiere decir que el nivel de profundidad de análisis deberá ser en proporción al grado potencial del impacto anticompetitivo que se identifique.<sup>238</sup>

---

<sup>238</sup> La OECD (2007a, p.68) advierte que “ la conducción de evaluaciones amplias acerca de impactos competitivos es costosa, y sólo deberán realizarse cuando un estudio inicial indique que los posibles costos de los aspectos anticompetitivos de una propuesta regulatoria son lo suficientemente grandes como para justificar una evaluación de este tipo” . Igualmente, dicho documento señala que, asimismo, “deberá considerarse un factor de contexto clave que es el ambiente competitivo presente en las industrias reguladas. Las inquietudes relacionadas con cuestiones de competencia serán menos apremiantes en las industrias altamente competitivas, que se caractericen por un gran número de proveedores, ritmos de entrada y salida significativos y altos niveles de innovación en productos y servicios. En cambio, es probable que el

## [ii] Justificación

Una vez realizado el proceso de identificación, debe distinguirse si el proyecto tiene el potencial o no para restringir la competencia. Si no se ha identificado restricción alguna, no es necesario continuar con el procedimiento. Por el contrario, si efectivamente se han identificado restricciones, debe continuar el procedimiento profundizándose el análisis. En este sentido, la CNC (2009, p.44) se pregunta, como segunda etapa del proceso, para qué se está introduciendo la restricción a la competencia, cuál es su finalidad y objetivo concreto y, en definitiva, cuál es su justificación.

Atendiendo al primer aspecto, esto es, la definición clara y detallada del objetivo u objetivos concretos, cabe señalar que “no es infrecuente encontrarse con textos legales cuyos fines resultan poco concretos o indeterminados, o con proyectos que afirman perseguir diferentes objetivos, a veces difícilmente reconciliables entre sí, sin que quede claro a qué objetivo se dirige cada una de las medidas contenidas en el proyecto, o con proyectos que contienen medidas que resultan injustificadas por no guardar relación directa con el objetivo que se ha identificado” .<sup>239</sup> Por tal razón, la autoridad de competencia española ha sugerido tener en cuenta una serie de recomendaciones: evitar confundir el objetivo de la norma con el medio o instrumento para lograrlo; analizar la consistencia de los objetivos identificados y de los medios para alcanzarlos con el resto de los objetivos perseguidos por

---

impacto anticompetitivo de la introducción de regulaciones de cierto tipo fuese más importante en los mercados relativamente estáticos, caracterizados por altos niveles de concentración y limitaciones a la entrada” .

<sup>239</sup> CNC (2009), p. 44.

la propia norma; e identificar la base legal del objetivo, en especial si un proyecto aspira a anteponer un objetivo de interés público a la defensa de la competencia.<sup>240</sup>

En relación al segundo aspecto de esta segunda etapa, esto es, la justificación de la necesidad de la restricción, lo que se busca, más concretamente, es justificar cómo la restricción a la competencia identificada puede colaborar en la consecución de los objetivos de la regulación.

Finalmente, en lo que respecta al tercer aspecto del segundo paso analítico, la CNC (2009, p.50) habla de la “justificación de la proporcionalidad de la restricción”. Lo anterior, en otros términos, implica considerar como desproporcionada una restricción “cuando la consecución de un objetivo que suponga sólo una mejora relativa o marginal en términos de bienestar social genere, a cambio, un grave detrimento del mismo por las serias restricciones a la actividad económica que impone”.

En consecuencia y expresado de una manera diferente, se estima, según la CNC (2009, p.50), que no se ha podido justificar una restricción a la competencia identificada en una propuesta o proyecto: si el objetivo último de éste colisiona con el funcionamiento del mercado (como, por ejemplo, pretender regular la producción, los precios o proteger a unos competidores frente a otros); si la contribución de la restricción a la competencia al logro del objetivo específico perseguido resulta excesivamente difusa o inexistente; o si la mejora en términos de bienestar social que se ha previsto por el proyecto es inferior al perjuicio

---

<sup>240</sup> CNC (2009), pp. 46-48.

que al mismo bienestar social causan las restricciones a la competencia que involucra la propuesta.

### [iii] Alternativas

¿Existen alternativas regulatorias menos lesivas de la competencia? La idea detrás de la interrogante planteada es que “si los objetivos que se persiguen quedan razonablemente asegurados con mecanismos menos restrictivos, debe optarse por éstos” .<sup>241</sup>

Evidentemente, el análisis de qué alternativa es más afín o menos perjudicial a la competencia es algo que debe evaluarse caso a caso. La CNC (2009, pp.53-54), sin embargo, ha ofrecido algunos ejemplos, de los cuales se mencionarán, con fines ilustrativos, los dos siguientes:

- Regular el objetivo, pero no el procedimiento. Desde el punto de vista de la competencia, parece, en general, más adecuado que se establezcan los estándares de resultado a ser cumplidos más que regular los procedimientos para alcanzar tales estándares.<sup>242</sup>
- Regulación del acceso al mercado. Existen diferentes mecanismos que permiten regular la entrada de operadores a un mercado, pero cuyos efectos sobre la competencia pueden ser diferentes. Este es el caso,

---

<sup>241</sup> CNC (2009), p. 52.

<sup>242</sup> Hay considerar, no obstante, que una regulación vía estándares de proceso puede tener mayor justificación que una regulación por objetivo o según estándares de resultado en razón de lo siguiente: es relativamente barata de fiscalizar y hacer cumplir y los costos de cumplimiento pueden ser más fáciles de ser calculados, pudiendo generar mayores niveles de certidumbre. Ver, al respecto, a Baldwin y Cave (1999, p.119) y a Ogus (1994, p.167).

por ejemplo, de las autorizaciones administrativas, de las licencias, de las concesiones, etc.<sup>243</sup>

Por consiguiente, si se ha identificado una potencial restricción a la competencia en el mercado debido a una regulación propuesta y dicha restricción se ha podido justificar, cabe continuar con un tercer y último paso con el fin de determinar si la alternativa regulatoria es de aquellas menos lesivas para la competencia. Como puede apreciarse, la carga para que una propuesta normativa realizada por un poder público pueda pasar el test de impacto regulatorio es importante, sin perjuicio que, incluso, el llevar a cabo sólo una a dos de las etapas podría considerarse, en sí mismo, un avance en términos de la promoción de la competencia.

## (2) Opciones institucionales en las evaluaciones de impacto competitivo

No existe un modelo único respecto de las iniciativas de evaluación de impacto competitivo. Las diferencias pueden derivar de las respuestas que se den a interrogantes como las siguientes: ¿Qué políticas ameritan realizar una evaluación de impacto competitivo? ¿En qué punto del proceso de diseño de políticas debe realizarse este tipo de evaluación? ¿Quién es responsable de realizar el análisis y evaluación?<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> A modo ilustrativo, la existencia de un régimen concesional puede suponer la explotación de un servicio por un solo operador en calidad de monopolio. Pero, si el mecanismo de mercado puede garantizar la provisión del servicio, el sistema de concesión debe sustituirse por un régimen de autorización administrativa previa.

<sup>244</sup> Ver OECD (2007a), pp.23 y ss.

[i] ¿ Qué políticas ameritan realizar una evaluación de impacto competitivo?

El primer punto consiste en determinar qué tipo de normativa debiera someterse a una evaluación de impacto competitivo. Existe la opción no sólo de incluir a aquellos actos administrativos normativos de alcance general, sino a todo acto normativo emitido por autoridad con potestad pública. Así, podría llegar a realizarse una evaluación de la naturaleza descrita respecto de leyes o de otro tipo de reglas de inferior jerarquía normativa. A modo ilustrativo, la CNC (2009, pp.7-8) sostiene que una evaluación de impacto competitivo “no debe limitarse a aquellas normas de mayor rango como leyes o reales decretos, sino que debe ser aplicado también en normas de rango inferior (órdenes, resoluciones, etc.) e incluso actos administrativos, puesto que muy a menudo, las restricciones a la competencia no se introducen en los textos básicos, sino en sus normas de desarrollo y de aplicación” .

Igualmente, otra disyuntiva consiste en determinar si una evaluación de impacto competitivo se va a aplicar a propuestas nuevas o a aquellas ya vigentes. En el caso de España, se contempla su aplicación a proyectos normativos, es decir, a políticas nuevas. No obstante, es razonable argüir que una evaluación de impacto que contemple no sólo a políticas nuevas, sino también a las vigentes, será la forma más eficaz para mejorar la atmósfera competitiva, lo cual, evidentemente, requerirá de una voluntad política considerable.

[ii] ¿ En qué punto del proceso de diseño de políticas debe realizarse este tipo de evaluación?

En el caso de España, se señala que “el redactor de la norma o de la actuación administrativa debe tener en mente, desde el inicio, el análisis y valoración de los efectos de la misma sobre la competencia para prevenir la elaboración de proyectos ya viciados desde dicha perspectiva desde sus borradores iniciales ” .<sup>245</sup> Evidentemente, cuando esta herramienta se aplica a normativas ya en vigencia, no cabe el comentario anterior, sin perjuicio que mientras antes ocurra, es probable que mayor efectividad o menor daño puede lograrse.

Lo manifestado anteriormente no obsta a que las autoridades de competencia puedan efectuar una labor de estudio y seguimiento de diferentes sectores económicos y su regulación con el fin de realizar propuestas o sugerencias de cambio normativo que promuevan la competencia.

[iii] ¿Quién debe ser el responsable de realizar el análisis y evaluación?

Una alternativa es que los órganos proponentes de la norma sean los que realicen la evaluación de impacto sobre la competencia, como ocurre en el caso español.<sup>246</sup> Sin embargo, como lo advierte la OECD (2007a, p.27), “es posible que los diseñadores de políticas no tomen muy en serio el proceso de evaluación de impacto competitivo a menos que un tercero externo analice su trabajo ” . En este sentido, otra alternativa es que la autoridad de competencia sea quien efectúe el análisis. Desde luego, las indicadas no son las únicas opciones. En el caso de Australia, por ejemplo, existe un Consejo Nacional para la Competencia ( “ National Competition Council ” ), el cual es un organismo independiente

---

<sup>245</sup> CNC (2009), p. 7.

<sup>246</sup> CNC (2009), p. 7.

y que se encuentra separado tanto de la oficina encargada de la supervisión reglamentaria como de la autoridad de competencia.<sup>247</sup>

## **2.- Estrategias y herramientas de negociación: acuerdos administrativos**

Es bastante común que una autoridad de competencia decida no adoptar una estrategia dura de ejecución y cumplimiento ( “enforcement” ) en contra de posibles infracciones regulatorias bajo el fundamento de que se pueden alcanzar niveles de observancia aceptables (o incluso superiores) a través de la negociación y el logro de acuerdos con los presuntos infractores.<sup>248</sup> Como lo confirma Yeung (2004, p.155), la mayor parte de las denuncias recibidas por las agencias de competencia respecto de presuntas infracciones son resueltas por la vía de acuerdos, siendo una menor parte de los reclamos objeto de una investigación detallada y, menos aún, de procedimientos formales de persecución sancionatoria.

La noción de “acuerdo” ( “settlement” ), en términos generales, puede entenderse mejor si se le contrasta con la resolución de un caso por la vía de una sentencia judicial.<sup>249</sup> En tal sentido, cabrían dentro del concepto amplio de “settlement” , los acuerdos administrativos (extrajudiciales),

---

<sup>247</sup> Ver OECD (2007a, p.28) y el sitio web de la National Competition Council de Australia (<http://www.gov.au/articleZone.asp?articleZoneID=136> ).

<sup>248</sup> Parker (2004), p.209. Evidencia que respalda la aseveración anterior puede encontrarse en Yeung (2004, p.155).

<sup>249</sup> Se habla de sentencia judicial en el entendido que aún en aquellos sistemas institucionales en que la autoridad de competencia tiene potestad sancionatoria, siempre existirá la posibilidad de revisión judicial y, por ende, de una sentencia judicial.



los acuerdos de clemencia (o delación compensada), las cuales se abordarán por separado como herramientas propias de una estrategia de ejecución y cumplimiento basada en la negociación más que en la sanción.

Dado el contraste sugerido entre el término normal de un caso vía sentencia judicial y la conclusión de un caso o situación por vías alternativas, resulta útil comenzar vislumbrando las fortalezas y debilidades de los compromisos o acuerdos negociados atendiendo a las ventajas de hacer cumplir la ley por la vía de una estrategia de persecución y sanción de los casos.

## 2.1. Beneficios de colocar término a un caso vía sentencia (condenatoria)

Los beneficios de llevar adelante un procedimiento de persecución y sanción como estrategia para hacer cumplir una legislación de libre competencia son múltiples. Siguiendo, en parte, a Wils (2008, p. 342), la declaración de la existencia de una infracción, así como la imposición de una sanción y/o de remedios o medidas para poner fin a la misma, pueden contribuir en seis aspectos a la observancia de una normativa de libre competencia, en particular respecto de las prohibiciones de actuar anticompetitivamente:

Primero, la verificación formal de que existió una infracción puede contribuir a clarificar el contenido de las prohibiciones sustantivas que establezca una legislación de libre competencia. Mientras más claridad exista de cuáles comportamientos están admitidos y cuáles prohibidos, mayor será la probabilidad de que se observen o cumplan los estándares de conducta establecidos. En este sentido, es

posible sostener que el poner término a un caso por la vía de una sentencia (en especial, más no únicamente, si es condenatoria) genera un efecto pedagógico para los actores del mercado a los cuales va dirigido este tipo de normativa, así como para los eventuales afectados por su contravención.

Segundo, una resolución que ordena poner fin a la conducta infraccional de que se trate, contribuye, de esta manera, a evitar que las consecuencias negativas de la violación sigan produciéndose. Igualmente, si la sentencia, además de la orden de poner término a la conducta constitutiva de infracción, impone ciertos remedios o condiciones a ser cumplidos en el futuro por la compañía infractora, se estaría ayudando a prevenir la ocurrencia de violaciones futuras en aquel caso particular.

Tercero, la declaración de existencia de una violación a la libre competencia, en especial si ésta va acompañada de una sanción, actúa como censura pública, sin perjuicio de su contribución al efecto disuasivo y retributivo mencionado más adelante. Igualmente, así como existe un efecto de censura pública para el o los infractores, también se puede generar un efecto de reafirmación para aquellos obedientes de la ley.

Cuarto, la imposición de una sanción puede contribuir a disuadir a los agentes económicos involucrados y al resto de los actores del mercado de cometer futuras infracciones.

Quinto, la imposición de una sanción puede implicar, más allá del efecto disuasorio o de censura pública antes aludido, un castigo o retribución por el mal ocasionado. En efecto, significaría un castigo para el infractor tener que desprenderse (en virtud de la sanción de multa que pudiere imponérsele) de una cantidad de dinero mayor a la ganancia ilícita obtenida.

Sexto, la declaración de la existencia de una infracción puede facilitar la iniciación posterior de una acción privada de indemnización de perjuicios por parte de las víctimas de la violación.

De una u otra manera, los diferentes tipos de acuerdos negociados sacrifican, en mayor o menor medida, los beneficios que pueden obtenerse al poner término a un caso vía sentencia.

## 2.2. Acuerdos administrativos

Habiendo sido identificados los beneficios de concluir un caso vía sentencia, en particular si se declara la existencia de una infracción, así como la imposición de remedios o medidas para poner fin a la misma y/o la sanción misma, se procederá a continuación a explicar en qué consiste y, por ende, en qué se puede traducir la celebración de acuerdos administrativo. En seguida, se identificarán las ventajas y desventajas que tiene este instrumento típico de una estrategia de negociación. Y, finalmente, se efectuará una breve comparación entre algunas legislaciones de libre competencia sobre la existencia o no de este tipo de herramientas.

Como lo señala Yeung (2004, pp.155-156), “hay muchas razones [de] por qué denuncias respecto de infracciones sospechosas pueden no ser perseguidas a través de un [procedimiento] adjudicatorio [infraccional]: puede no haber (o haber poca) evidencia de una contravención, la conducta ofensiva puede haber terminado o puede haber sido tan trivial o leve que una acción formal dirigida a hacer cumplir [la ley] no puede ser justificada a la luz de los limitados recursos y prioridades del regulador [,] o el regulador puede acordar con

el infractor sospechoso no seguir adelante [en sus investigaciones o acciones]. Si bien cada uno de esos escenarios podría ser descrito como un ‘acuerdo administrativo’, para estos efectos el término será específicamente usado para situaciones en las cuales el regulador tiene bases razonables para sospechar que una contravención ha ocurrido (o puede ocurrir en el futuro), pero acuerda no proceder con acciones de cumplimiento más severas a cambio del acuerdo del sospechoso para actuar, o abstenerse de actuar en una determinada manera [... es decir,] en consideración a concesiones o compromisos efectuados por el sospechoso” .<sup>250</sup>

a) Tipos de compromisos o condiciones susceptibles de imponerse en virtud de un acuerdo administrativo

Para tener una más adecuada apreciación de los alcances que pueden tener los acuerdos administrativos, puede resultar útil identificar algunos “remedios”, compromisos o condiciones que pueden verificarse en este tipo de instrumentos.<sup>251</sup>

Siguiendo en esto a Yeung (pp. 200-203) y a la experiencia australiana, en particular de su autoridad de

---

<sup>250</sup> Para estos efectos, no se descartarán aquellos acuerdos administrativos que generan compromisos con ocasión del control de una operación de concentración.

<sup>251</sup> En el caso de Australia, los más importantes acuerdos administrativos dan lugar a lo que suele denominarse como “enforceable undertakings” (compromisos obligatorios). Las obligaciones o compromisos adquiridos por parte de las compañías en virtud de este tipo de acuerdos pueden hacerse cumplir ante las cortes de justicia.

competencia (la ACCC),<sup>252</sup> es posible mencionar las siguientes categorías de compromisos, remedios o condiciones derivados de acuerdos administrativos:

Primero: compromisos de terminación y desistimiento. Esta situación constituye una condición mínima de cualquier acuerdo al que se aspire llegar. En efecto, independiente de la existencia de otros compromisos por parte de un agente económico ante la autoridad de competencia, aquel consistente en concluir con el comportamiento sospechoso o desistirse de realizarlo si aún no lo ha materializado resulta en todo evento esencial.

Segundo: compromisos de desarrollo de programas corporativos internos de cumplimiento o “compliance”. Un compromiso obligatorio derivado de un acuerdo administrativo extrajudicial a menudo requiere que la compañía objeto de investigación desarrolle un programa corporativo interno dirigido a estimular y, en la medida de lo posible, asegurar la observancia por parte de ésta de las normas de defensa de la libre competencia. Para el logro de lo anterior se requiere la revisión por parte de la organización de sus procedimientos operativos. En efecto, resulta importante identificar aquellas áreas de la empresa donde existen riesgos de incumplimiento y desarrollar e implementar un programa exhaustivo que incluya la existencia de revisiones periódicas, rendiciones de cuenta internas y auditorías externas acerca de la efectividad del programa.

Tercero: compromisos de compensación. Si la investigación llevada a cabo por la autoridad de competencia

---

<sup>252</sup> Ver, al respecto, la guía ( “guideline” ) de la ACCC (2009) acerca del uso de “enforceable undertakings” (compromisos obligatorios).

respectiva revela que una conducta sospechosa de ser inconsistente con la regulación de libre competencia ha causado (real o probablemente) un daño directo a terceras partes, será normal que la autoridad exija un pago a modo de compensación a los afectados.

Cuarto: compromisos correctivos. Estos tipos de compromisos dicen relación con la búsqueda de reproducir, de alguna manera, el estado de cosas existente hasta antes de la alegada infracción o el escenario que habría prevalecido si la contravención sospechosa no hubiera ocurrido. Como lo ilustra Yeung (2004, p.202) de un caso real, “un importador y distribuidor de productos relacionados con la arquería adquirió un compromiso obligatorio ante la Comisión luego de la denuncia de que éste habría infringido (...) la prohibición de fijar precios de reventa, exigiéndole, entre otras cosas, escribir a todos sus clientes dentro de 21 días, notificándoles que él no busca controlar los precios a los cuales son revendidos los productos por él suministrados y que los comercializadores son libres de vender el producto suministrado al precio que ellos decidan” .

Quinto: compromisos de desarrollo de programas de cumplimiento externo con miembros de la industria. Un posible tipo de compromiso que puede ser exigido en virtud de la celebración de un acuerdo administrativo extrajudicial consiste en la promoción dirigida a que se tome conciencia en la industria en la cual la compañía opera del respeto por las normas de libre competencia. Este tipo de compromiso es una forma de “servicio comunitario” por el cual la empresa sospechosa desarrolla, implementa y financia programas de educación amplios con el fin de incrementar los niveles de conocimiento y conciencia y, en definitiva, de cumplimiento de la legislación de libre competencia.

Sexto: compromisos de proveer bienes o servicios. Ocasionalmente, como lo señala Yeung (2004, p.203), se ha obligado a las empresas a suministrar bienes o servicios específicos a otras empresas respecto de las cuales se les había negado el acceso, venta o suministro.

Y, séptimo: compromisos de pago de los costos incurridos en la investigación por parte de la autoridad de competencia. Así como existen las costas judiciales procesales en el caso de un procedimiento contencioso, también es posible estipular este tipo de compromiso u obligación, lo cual permitiría un resarcimiento de los costos incurridos por parte de la agencia de competencia.

b) Algunas consideraciones indicadas por la autoridad de competencia de Australia (ACCC) respecto de los compromisos obligatorios derivados de acuerdos administrativos

Para lograr un mayor entendimiento sobre los compromisos obligatorios originados en acuerdos administrativos entre una empresa sospechosa y una agencia de competencia puede resultar ilustrativo complementar lo ya dicho con parte del contenido de la guía que sobre la materia publicó la ACCC (2009).

En la publicación titulada “Section 87B of the Trade Practices Act: guidelines on the use of enforceable undertakings”, la Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), posiblemente la agencia de competencia con mayor experiencia en esta materia,<sup>253</sup> considera que la herramienta ya señalada tiene la ventaja de incrementar enormemente la efectividad de la resolución de asuntos para

---

<sup>253</sup> Ver datos en Parker (2004) y Yeung (2004).

los cuales no se ha optado por la litigación debido a que los compromisos adquiridos se pueden hacer cumplir ante una corte de justicia.<sup>254</sup>

En consonancia con la categorización indicada en el apartado precedente, la ACCC (2009, p.3) plantea que los objetivos generales de negociar acuerdos que generen compromisos obligatorios por parte de los regulados son “la cesación de las conductas que den lugar a la infracción alegada [;] la compensación para las partes adversamente afectadas por la conducta [;] la implementación de medidas de cumplimiento [ “compliance” ] para ayudar a prevenir futuras infracciones de las compañías / negocios involucrados [; y] la educación general y disuasión, particularmente de la industria pertinente, por la vía de [generar] conciencia pública” .

En consideración a los objetivos recién señalados, la aludida agencia de competencia comenta que su experiencia en estas materias ha mostrado que muchos compromisos aceptados por ésta son sustantivos y que abordan directamente el comportamiento que ha originado la conducta denunciada y sus consecuencias. Es así como “un compromiso usualmente incluye los siguientes elementos: un reconocimiento o admisión de la compañía de que la conducta respectiva constituye o es probable que constituya una infracción a la ley [;] una promesa de cesar en la conducta o no recomenzarla [;] una especificación de los detalles de la acción correctiva que

---

<sup>254</sup> ACCC (2009), p.3. La posibilidad de perseguir el cumplimiento de compromisos que tendrán un carácter obligatorio es una de las más importantes novedades de la Unión Europea sobre el particular. Ver al respecto el artículo 9 de la Regulación 1/2003. Para mayores detalles acerca de la finalidad del recién mencionado artículo ver a De Smijter and Kjolbye (2007, p.125).



será tomada por la compañía o negocio para remediar el daño causado por la conducta [;] un detalle de la compensación (tal como el pago de una indemnización o reembolso a los consumidores) en caso que sea apropiado -incluyendo un mecanismo para determinar y auditar el resultado [;] (...) un reporte acerca de cuándo una compañía ha satisfecho sus compromisos obligatorios [o] la provisión por la compañía de documentación e información de respaldo a la ACCC para verificar que ha satisfecho, de hecho, sus compromisos obligatorios [;] las acciones futuras de la compañía dirigidas a prevenir la recurrencia de cualquier otra infracción a la ley (tales como programas internos de cumplimiento - “compliance” - o entrenamiento), incluyendo marcos de tiempo y otros detalles [; y] un reconocimiento de que la ACCC: hará público el compromiso [o acuerdo] en sus registros públicos, sitio web, (...) haciendo referencia al acuerdo de tiempo en tiempo, incluyendo notas de prensa y publicaciones de la ACCC” .<sup>255</sup>

De la misma manera en que la ACCC ilustra los tipos de compromisos usuales, también explicita aquellas cláusulas inaceptables. En efecto, se señala que no serán aceptados acuerdos que incluyan “una negación de que la conducta ha infringido la ley [;] cláusulas que impongan obligaciones a la ACCC [;] un requerimiento específico de que la ACCC no iniciará en el futuro procedimientos sobre la materia [;] alguna declaración de que el acuerdo o compromiso no constituye una admisión [de responsabilidad] para efecto de acciones de terceros [;] declaraciones de que la conducta fue inadvertida [; y] (...) declaraciones útiles para la compañía o negocio que busquen minimizar las consecuencias de la

---

<sup>255</sup> ACCC (2009), pp. 5-6.

conductas o que se hagan con propósitos promocionales o de relaciones públicas” .<sup>256</sup>

### c) Ventajas de los acuerdos administrativos

Habiéndose descrito el significado y contenido de los acuerdos administrativos que dan lugar a compromisos obligatorios de la compañía bajo sospecha, según la experiencia australiana, muy ilustrativa sobre la materia, corresponde analizar las ventajas y desventajas de este tipo de instrumentos. A continuación se hará referencia a las ventajas.

Lo primero que corresponde aseverar es que las ventajas serán mayores o menores dependiendo del tipo de acuerdo al que se llegue. No obstante lo anterior, la literatura sobre la materia suele identificar tres tipos de beneficios del uso de este tipo de instrumentos:<sup>257</sup> (1) la mayor eficiencia en el uso de recursos limitados por parte de las autoridades de competencia, lo cual se traduce en mayor rapidez y menores costos; (2) la innovación en el diseño de remedios; y (3) los menores costos para las compañías reguladas.

#### (1) Mayor eficiencia en el uso de recursos limitados

Respecto de la mayor eficiencia en el uso de recursos limitados, debe destacarse el hecho de que la posibilidad de arribar a acuerdos negociados le permite a las agencias poner

---

<sup>256</sup> ACCC (2009), p. 6.

<sup>257</sup> Ver al respecto a Georgiev (2007), Wils (2008), Parker (2004) y Yeung (2004).

término a más infracciones a la libre competencia de lo que de otra forma hubiera sido posible.<sup>258</sup> La posibilidad que brindan los acuerdos administrativos permite, por ejemplo, dar término a aquellas infracciones que resultan más costosas y riesgosas de perseguir hasta la obtención de una sentencia, lo cual permite ahorrar significativos recursos humanos, financieros y de tiempo.<sup>259</sup> Respecto del tema del tiempo, una mayor rapidez para poner fin a supuestas infracciones no sólo permite incrementar la eficiencia en el uso de los recursos, sino que también puede llegar a generar algún tipo de efecto disuasorio. Esto último puede lograrse en la medida que se obtenga de las compañías con las cuales se llegue a un acuerdo compromisos del tipo de los celebrados por la ACCC australiana y que no exista mucha distancia en el tiempo entre la conducta y la “sanción” o remedio impuesto.<sup>260</sup> Sin perjuicio de lo anterior, podría existir, también, un efecto disuasorio benéfico (o menos malo, dado el descarte de la posibilidad de arribar a una sanción de término) derivado de la mayor probabilidad de detección de conductas anticompetitivas producto de la liberación de recursos y el consiguiente incremento de eficiencia de la entidad de competencia.<sup>261</sup>

---

<sup>258</sup> Georgiev (2007), p.1012.

<sup>259</sup> La ICN (2008a, p.9) afirma, basado en las respuestas de jurisdicciones consultadas, que éstas “universalmente están de acuerdo de que el ahorro de tiempo así como de recursos humanos y monetarios son beneficios significativos de los acuerdos en casos de carteles”. La OECD (2006, p.9), confirma también la apreciación manifestada.

<sup>260</sup> Wils (2008, pp.343-344) remarca que “mientras más corta sea la distancia entre la infracción y el castigo tiende a incrementarse el efecto disuasorio de los castigos”. Este punto es de interés, toda vez que una de las debilidades de los acuerdos consiste en la pérdida del efecto disuasorio de una sentencia condenatoria por la comisión de una infracción claramente verificada.

<sup>261</sup> Ver a ICN (2008a), pp.9-10.

## (2) Innovación en el diseño de compromisos

En lo concerniente a la innovación en el diseño de compromisos,<sup>262</sup> puede sostenerse que en el caso de los acuerdos administrativos, una agencia de competencia cuenta con una herramienta que le permite mayor flexibilidad para remediar supuestas infracciones. Por esta vía es posible, bajo una óptica optimista,<sup>263</sup> obtener compromisos claramente beneficiosos. Así se desprende, por ejemplo, de la experiencia australiana sobre la materia, lo cual, evidentemente, no es garantía de que en otras jurisdicciones tenga un similar resultado.

Asimismo, la amplitud y creatividad que permite una herramienta negociada, como lo son los acuerdos administrativos, posibilita no sólo usarlos como un instrumento parcialmente sustituto de una estrategia de persecución judicial y sanción,<sup>264</sup> sino también como suplemento

---

<sup>262</sup> Georgiev (2007, p.1012) resalta este punto señalando que “los decretos consensuados [“consent decrees” norteamericanos] también permite diseñar remedios innovativos (...) que podrían, no obstante, abordar comportamientos anticompetitivos pasados y cambiar el alineamiento de incentivos de modo que la ocurrencia de futuras infracciones sea menos probable”.

<sup>263</sup> De una u otra manera, como se dijo, para evaluar, en parte, los beneficios y costos de esta clase de instrumento, debe considerarse el tipo y alcance de los acuerdos o compromisos logrados en relación con los ya mencionados beneficios de poner término a un caso vía sentencia. Por consiguiente, si los compromisos obtenidos son exiguos, menores serán los beneficios de poner término a un caso por esta vía, más aún si la probabilidad de éxito de obtener una sentencia condenatoria en un caso de alta repercusión o importancia era alta.

<sup>264</sup> El compromiso, por ejemplo, de no perseverar en la conducta supuestamente infraccional resulta similar a la usual resolución consistente en ordenar poner fin a la conducta constitutiva de infracción.

de la misma, en el sentido de que puede ir más allá de lo que se puede obtener a través de una estrategia más dura.

Reafirmando el sentido suplementario de los acuerdos administrativos que generan compromisos obligatorios susceptibles de hacerse cumplir ante una corte de justicia, Parker (2004, p.211) subraya que éstos “son valiosos porque constituyen una alternativa a las acciones coercitivas tradicionales para hacer cumplir [la ley]. Su potencial puede ser descrito de mejor manera como [un instrumento] de justicia restaurativa (...). Una justicia restaurativa requiere que todas las partes (el regulador, la entidad regulada y aquellos afectados por la infracción) puedan estar conjuntamente empoderadas para lograr acuerdos o compromisos que vayan más allá de lo que una corte [de justicia] ordenaría” .<sup>265</sup>

### (3) Menores costos para las compañías reguladas

Finalmente, en lo que respecta a los menores costos para los regulados, se está aludiendo a los no despreciables gastos en defensa judicial que una empresa puede incurrir si se opta por la litigación, además de los costos que deriven de la sanción misma que se imponga, sin perjuicio de la publicidad negativa de este tipo de acontecimientos.

Al celebrar un acuerdo, las corporaciones y sus ejecutivos pueden resolver más rápidamente las contingencias a las que se ven expuestos y, de esta manera, mover la compañía

---

<sup>265</sup> De acuerdo con Braithwaite (2002, p.10), la “justicia restaurativa es un proceso por el cual todas las partes involucradas de alguna forma en una infracción particular se juntan a resolver colectivamente cómo abordar las consecuencias de la infracción y sus implicancias para el futuro” .

hacia lo que corresponde, esto es, participar activamente en un escenario de negocios libre de prácticas anticompetitivas.<sup>266</sup>

b) Desventajas de los acuerdos administrativos

Varias son las críticas que los acuerdos administrativos han despertado, las cuales develan el otro lado de la moneda, esto es, el de las desventajas o costos. Intentando sistematizar las objeciones más importantes, es posible identificar tres tipos de argumentaciones críticas:<sup>267</sup> (1) la relativa a la pérdida de efecto disuasorio (y otros efectos benéficos derivados de terminar un caso vía sentencia); (2) la referida a la igualdad y justicia ( “fairness critique” ); y (3) aquella concerniente a la existencia de un sesgo ( “bias critique” ).

- (1) Renuncia a los beneficios de poner término a un caso por la vía de una sentencia (en especial el efecto disuasorio de una condena)

En relación, en primer lugar, a la crítica respecto de la pérdida de las ventajas, ya mencionadas, de colocar término a un caso por la vía de una sentencia, entre ellas, de manera

---

<sup>266</sup> Ver OECD (2006, p.9) e ICN (2008a, p.10).

<sup>267</sup> Existen objeciones de carácter más general (principalmente referidas a relaciones entre privados) respecto de la existencia misma de “settlements” o acuerdos. Una enumeración sintética de este tipo de críticas, puede encontrarse en Fiss (1984, p.1076). Un aspecto fundamental de este tipo de críticas generales a la institución consiste en poner de manifiesto que el valor de la justicia termina cediendo a favor del valor de la paz entre quienes negocian y consienten. Lo anterior es resaltado por Fiss (1984) y refrendado por Luban (1985).

especial, la referida al efecto disuasivo, conviene reiterar, en general, que aquello que se puede ganar o perder dependerá del contenido de lo acordado y del contenido de lo sentenciado.

En el sentido anterior, y comenzando por el potencial efecto disuasorio de una sanción derivada de un proceso adjudicatorio, efectivamente puede afirmarse que ningún acuerdo extrajudicial puede constituir un sustituto del potencial efecto disuasorio de una sanción de término.<sup>268</sup> De hecho, una de las funciones primordiales de una sanción o pena, como se verá más adelante, consiste en la disuasión. En otras palabras, los mayores niveles de eficacia y eficiencia que se pueden llegar a alcanzar con la suscripción de acuerdos tienen, como contrapartida, la aptitud de dicho tipo de instrumento para perjudicar el valor de la disuasión,<sup>269</sup> el cual tiene su máxima expresividad en la conclusión de un caso con una sentencia condenatoria de severidad suficiente.<sup>270</sup> No obstante lo anterior, mientras más gravosos sean los compromisos para la compañía celebrante, lo cual dependerá, en

---

<sup>268</sup> Téngase presente, no obstante, que para algunos el objetivo de usar acuerdos en casos de carteles consisten en incrementar la disuasión. Ver al respecto la nota técnica incorporada en el documento de la OECD (2006, p.34).

<sup>269</sup> Marcos (2012) advierte sobre los negativos efectos en cuanto a disuasión que pueden llegar a tener los acuerdos negociados y las políticas de promoción de la competencia y “advocacy”.

<sup>270</sup> La OECD (2006, p.10) relativiza esta desventaja al manifestar que, en el caso de los acuerdos sobre carteles, “la evaluación de la interrelación entre acuerdos negociados y disuasión es un ejercicio complejo y que sería muy difícil alcanzar una conclusión firme [sobre el particular]”. Incluso, el mismo documento ya citado de la OECD (2006, p.38) comenta la práctica en Estados Unidos respecto de los “plea bargaining” (equivalente a los acuerdos negociados), los cuales, en ocasiones, pueden llevar al cobro de sumas de dinero superiores a los que podrían obtenerse de una sentencia judicial.

parte, del grado de temor que genere verse involucrado en un proceso que conlleve a una sanción, mayor será la señal a la comunidad regulada de la conveniencia de respetar la ley.<sup>271</sup>

Asimismo, debe reconocerse que el aporte a la claridad en el contenido de aquello que prohíbe la legislación que deriva de la verificación formal de que existió una infracción difícilmente puede obtenerse con igual grado a través de la suscripción de un acuerdo. Lo anterior es más evidente en aquellos casos en que no exista por parte de la compañía involucrada un reconocimiento de responsabilidad.

Igualmente, si no existe reconocimiento de responsabilidad por parte del infractor sospechoso, se puede afectar, también, la posibilidad de que las víctimas de una conducta anticompetitiva puedan ver facilitada la interposición de acciones judiciales resarcitorias. No obstante lo anterior, y tal como se advirtió, la flexibilidad para el logro de compromisos derivados de un acuerdo puede, efectivamente, dar lugar a niveles importantes o suficientes de compensación a las víctimas.

Adicionalmente, resulta manifiesto que el compromiso de poner término a la conducta sospechosa o no llevarla adelante, en su caso, constituye un sustituto cercano de la orden coercitiva (en virtud de una sentencia) de que se ponga término a la conducta anticompetitiva.

---

<sup>271</sup> Como lo sostiene Parker (2004, p.212), “la evidencia [australiana] sugiere que la justicia restaurativa en la regulación del comercio funciona mejor donde hay una opción cooperativa dentro de un grupo de opciones de ‘enforcement’ y donde es bien sabido que acciones duras para hacer cumplir [la ley] son iniciadas y ganadas con frecuencia por parte del regulador” .



A mayor abundamiento, cabe tener presente que, dependiendo del contenido del acuerdo, éste puede tener algún efecto de censura pública y castigo (retribución), mas nunca con el grado y nitidez que podría derivar de una sentencia.

Incluso más, puede que el sentido de rehabilitación propio de un programa interno de cumplimiento o “compliance” a que puede obligarse una compañía en virtud de un acuerdo, además de otros compromisos propios de una justicia restaurativa, no se alcance por medio de una sentencia de término.

En consecuencia, respecto del punto (1), es posible argüir que así como se obtienen beneficios o ventajas con la suscripción de acuerdos administrativos, en general éstos nunca podrán alcanzar o reemplazar, en toda su magnitud, aquellos beneficios propios de terminar un caso por la vía de una sentencia. Dependiendo de las circunstancias particulares, un acuerdo puede llegar a alcanzar efectos parecidos, mas nunca iguales.

Por lo mismo, dada la tensión que pueden generar los acuerdos administrativos como estrategia de “enforcement”, conviene tener presente que éstos debieran descartarse en casos de claras y serias infracciones donde existen fuertes indicios e, incluso, pruebas irrefutables de quebrantamiento a la ley. En situaciones como la señalada, las agencias de competencia estarían arriesgando demasiado la obtención de un eventual efecto disuasivo a cambio de ahorros administrativos por la terminación temprana de casos. En el resto de los casos, la ponderación a ser realizada obliga a ser cautos respecto de acuerdos logrados en una etapa muy temprana en donde no se tienen suficientes elementos de juicio respecto de las potenciales pérdidas disuasorias. En efecto, como dice

Wils (2008, p.346), si la autoridad de competencia llega a un acuerdo negociado en una etapa muy temprana de la investigación cuando aún no se han establecido los hechos relevantes, podría llegar a concederse un arreglo demasiado conveniente para el privado en relación a su culpabilidad y la gravedad del caso.

## (2) Problemas de igualdad y justicia procesal

Con respecto al segundo tipo de crítica, esto es, la referida a la igualdad y justicia en los procedimientos ( “fairness critique” ), es posible resaltar el desbalance a favor del regulador que se puede producir en las posiciones negociadoras de las partes, lo cual puede colocar un manto de duda respecto del verdadero sentido consensual de un acuerdo extrajudicial.<sup>272</sup>

Este desbalance puede tener su origen, en primer lugar, en la opción abierta a los reguladores para ejercer estrategias de ejecución y cumplimiento más duras, en especial si existe una reputación de éxitos en el plano de la persecución judicial y si el regulador hace un uso estratégico de los medios de comunicación, lo cual puede generar temor en los regulados de ver afectada su reputación de forma negativa. En segundo lugar, el desbalance en el poder negociador entre una autoridad de competencia y la empresa con la cual se llega a un acuerdo puede tener su origen en la regulación legal de carácter procedimental de este tipo herramientas. Este aspecto se desarrollará sólo con un fin ilustrativo general del tipo de críticas que podrían llegar a hacerse a los procedimientos de acuerdo. Lo anterior se abordará, a

---

<sup>272</sup> Ver a Parker (2004), pp.231 y ss.

continuación, teniendo como base algunos aspectos seleccionados de la normativa de la Unión Europea,<sup>273</sup> preferentemente según la interpretación comentada por Wils (2008).

Bajo la regulación procedimental de los acuerdos sobre carteles de la Comisión Europea, las compañías que elijan celebrar un acuerdo deben: admitir su responsabilidad; aceptar una multa -reducida-; renunciar a su derecho a ser representadas en forma separada de otras compañías pertenecientes al mismo grupo corporativo; renunciar a su derecho a acceder a los antecedentes de la investigación; y renunciar a su derecho a que la decisión sea en su idioma.

La aspiración por alcanzar adecuados niveles de justicia en los procedimientos tiene, precisamente, en la renuncia a ciertos derechos procesales, entre ellos (de especial significancia) el derecho a no autoincriminarse, una potencial fuente de crítica. Estos derechos tienen una indudable importancia, la cual se aprecia de la finalidad que presentan, las cuales pueden reducirse a dos: la de evitar injusticias o asegurar la mayor exactitud posible de los resultados derivados de un procedimiento, y la de defender la dignidad del imputado durante el proceso.<sup>274</sup>

La justificación esencial de la posibilidad de renuncia a derechos o privilegios procedimentales como los indicados

---

<sup>273</sup> Dos tipos de procedimientos de acuerdos pueden mencionarse: a) el procedimiento para el establecimiento de compromisos establecido por el artículo 9 de la Regulación 1/2003, y b) el procedimiento para acuerdos en casos de carteles bajo el nuevo artículo 10 de la Regulación 773/2004 y la Comunicación de la Comisión sobre el particular. Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de algunos aspectos procedimentales se reducirá, básicamente, a los acuerdos sobre casos de carteles.

<sup>274</sup> Wils (2008), p. 350.

radica en que se trataría de renunciaciones voluntarias,<sup>275</sup> lo cual requeriría de ciertas condiciones a ser satisfechas.<sup>276</sup>

Una primera condición consiste en que el imputado no sea víctima de tergiversación de parte de la autoridad de competencia respecto de las condiciones y consecuencias del acuerdo, así como de lo que sería el resultado posible o esperado de una determinación fruto de un proceso persecutorio.

Una segunda condición dice relación con que el imputado tenga suficiente tiempo y adecuado acceso a consejo legal, de modo de ser capaz de tomar una decisión inteligente que le permita velar por sus propios intereses, algo que, tratándose de empresas de cierto tamaño no revestiría problema alguno.

En tercer lugar, es importante que exista ausencia de coacción física o de otro tipo, o bien que no haya promesas no relacionadas con la materia (ejecución y cumplimiento de la normativa de libre competencia).

Finalmente, resulta clave, para aseverar que se está ante un acuerdo realmente voluntario y de buena fe, que no exista algún tipo de incremento anormal de la pena ante un rechazo del imputado a llegar a acuerdo.

Se ha argumentado, por último, que el mayor poder negociador del regulador radica en la aversión que pueden tener las compañías a enredarse en procedimientos

---

<sup>275</sup> Este aspecto es tomado, también, por la OECD (2006), pp.11-12. Sin perjuicio de destacarse el aspecto de la posibilidad de renuncia de ciertos derechos procesales con ocasión de un acuerdo negociado, la aludida institución reconoce que existen jurisdicciones donde no es factible una renuncia de la naturaleza indicada.

<sup>276</sup> En esto seguiremos a Wils (2008), pp.350-351.

administrativos y/o judiciales largos, engorrosos, caros e inciertos en su resultado, lo cual sería especialmente claro en el caso de pequeñas y medianas empresas. En efecto, se ha sostenido que en ocasiones las compañías se obligan a compromisos desproporcionadamente amplios, los cuales pueden ser indicativos de que es improbable que su consentimiento sea genuino.<sup>277</sup> Como lo plantea Yeung (2004, p.213), quizá la fuente de la disconformidad no radique tanto en la calidad del consentimiento dado, sino en la falla del sistema de adjudicación (por ejemplo, judicial) para operar de manera barata, accesible, rápida, proporcionada en sus determinaciones y con grados de certidumbre razonables. No obstante, no es suficiente pensar en la quimera de un estado ideal de cosas, por lo que algún tipo de restricciones a los compromisos derivados de los acuerdos negociados debiera, según algunos, existir.<sup>278</sup>

### (3) Existencia de sesgo a favor de regulado

Así como la crítica respecto de la igualdad y justicia en los procedimientos reclama acerca de una potencialmente excesiva capacidad de la autoridad de competencia para imponer onerosas condiciones a las empresas con las cuales llega a “acuerdo”, la crítica relativa al sesgo opera en un sentido opuesto. En efecto, este último tipo de crítica refleja la aprensión de que un acuerdo extrajudicial termine siendo una

---

<sup>277</sup> Yeung (2004), pp.212-213.

<sup>278</sup> Ver la recomendación 16-2 de la ALRC (2002, p.601), la cual señala que en los términos de un acuerdo negociado (“enforceable undertaking”) debe “(a) tener una relación clara y directa con la infracción reclamada; (b) ser proporcionada a la infracción; (...) (d) estipular un período de tiempo en el cual el cumplimiento de los compromisos sea requerido”.

herramienta excesivamente beneficiosa para las entidades reguladas, quienes tendrían una ventaja frente al regulador, lo cual se traduciría, en último término, en una incapacidad para disuadir o corregir conductas desde la perspectiva del interés público.<sup>279</sup> En otras palabras, la “bias critique” muestra preocupación de que los remedios negociados sean, en la práctica, opciones de “enforcement” demasiado suaves, dada las circunstancias.<sup>280</sup>

En el documento de la OECD (2006, p.33) se advierte respecto del riesgo de que, como reflejo de un típico problema agente - principal, los intereses de la agencia de competencia difieran del interés público que debiera buscar. Se teme que este tipo de instrumento se utilice como medio para reducir la carga de trabajo y demoras en el proceso de ejecución y cumplimiento de la ley más que en mejorar la selección de casos.

Esta situación rememora el riesgo de prevalencia del interés privado por sobre el público, así como, en su extremo, la captura de una agencia de competencia por parte de

---

<sup>279</sup> Como lo explican De Smijter y Kjolbye (2007, p.125) en relación al tipo de acuerdo al que se puede arribar en aplicación del artículo 9 de la Regulación 1/2003, “[este tipo de] decisiones están diseñadas para casos donde el objetivo de la acción de ‘enforcement’ sea remediar para el futuro un problema de competencia identificado. Como lo afirma el considerando 13 de la Regulación 1/2003, decisiones compromisorias no son apropiadas [en casos] donde la Comisión intenta imponer una multa”. A diferencia de los acuerdos para casos de carteles, regulados en virtud de una normativa distinta, no es posible para la Comisión, bajo el artículo 9 de la Regulación 1/2003, aceptar un compromiso de pagar una suma de dinero. En este sentido, de acuerdo a De Smijter y Kjolbye (2007, p.126), “la Comisión debiera estar autorizada para balancear el interés en disuadir comportamientos anticompetitivos a través de multas contra el interés en mejorar el funcionamiento del mercado eliminando para el futuro un problema de competencia”.

<sup>280</sup> Parker (2004), p.231.

entidades reguladas. Los regulados, por ejemplo, pueden disuadir o atemorizar a las autoridades de competencia a través de la asimetría de información que poseen a su favor y de los significativos recursos financieros y humanos que muchas veces poseen. El deseo de una “vida tranquila” versus la alternativa de una “vida difícil” puede llegar a ser muy atractiva para una autoridad de competencia.

d) Los acuerdos administrativos y el rol de las cortes de justicia

En lo relativo a la procedencia de la existencia de una revisión judicial de un acuerdo negociado, conviene distinguir entre el tipo de sistema institucional imperante (integrado o separado) y según si los tribunales o cortes de justicia pueden revisar aspectos sustantivos o sólo formales - procedimentales.

Como lo manifiesta la OECD (2006, pp.39-40), existe una tendencia a que en jurisdicciones donde la determinación es pronunciada por un órgano judicial, más que administrativo, la revisión judicial resulte indisponible por acuerdo entre las partes. Puede resultar razonable, además, intuir que mientras más regulado (en la etapa administrativa) se encuentre el procedimiento para arribar a un acuerdo, más posibilidades de verificación vía revisión judicial existirá en aspectos, al menos, formales - procedimentales.

e) Los acuerdos administrativos y las acciones privadas por daños

¿Hasta qué punto las empresas pueden considerar demasiado riesgoso la celebración de acuerdos negociados en consideración a su exposición frente a acciones privadas por daños derivados de un acto reconocido como anticompetitivo? Siguiendo en esto a la OECD (2006, p.36), hay que considerar que en ciertas jurisdicciones como en Estados Unidos un acuerdo negociado incluirá siempre la admisión de culpabilidad por parte del regulado, la cual puede ser usada como evidencia en litigaciones privadas de indemnización de perjuicios en otras jurisdicciones. En estas jurisdicciones donde la admisión de culpabilidad está “sobre la mesa de negociación”, es probable que las compañías reguladas actúen con reticencia. El ya citado documento de la OECD plantea que en aquellos casos en donde no ha sido posible obtener una declaración de culpabilidad es presumible que se obtenga por la autoridad, de llegarse a acuerdo, una pena de un importe mayor.<sup>281</sup>

Hay que tener presente que la ausencia de admisión de culpabilidad en la comisión de una infracción atentatoria de la libre competencia no es inocua para los privados afectados por la conducta reprochada. En efecto, un escenario como el señalado es uno negativo para las pretensiones de los privados perjudicados, los cuales no tendrán el sustento de antijuridicidad de la conducta que les permita buscar el resarcimiento de los perjuicios. Esto, evidentemente, y dependiendo de la normativa de diferentes jurisdicciones, no precluye, necesariamente, la posibilidad de obtener una compensación judicial por los daños derivados de una conducta

---

<sup>281</sup> Debe considerarse que, desde el punto de vista de la disuasión, particularmente en aquellas jurisdicciones en donde las acciones privadas por daños en casos de libre competencia son efectivas, lo que pueda obtenerse por este último concepto tiene un efecto sustitutivo de la severidad de una sentencia a beneficio fiscal.



anticompetitiva, lo cual, en todo caso, puede llegar a ser muy difícil y consumidor de recursos.

f) Los acuerdos administrativos y los programas de clemencia

En aquellas jurisdicciones en donde coexiste la posibilidad de celebrar acuerdos administrativos con la posibilidad de acceder a programas de clemencia ( “leniency programmes” ) cabe hacerse la pregunta de hasta qué punto cada una de estas herramientas para la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia puede disminuir la efectividad de la otra. Por ejemplo, ¿en qué medida un acuerdo extrajudicial puede reducir la efectividad de un programa de clemencia?

Como parece razonable argüir, un atractivo evidente que tiene para una empresa recurrir a un programa de clemencia radica en la posibilidad de acceder a una completa inmunidad (cero pena). Considerando lo anterior, si el premio esperado de llegar a un acuerdo extrajudicial por parte del miembro del cartel es elevado, podría llegar a producirse un efecto sustitución, disminuyéndose el incentivo a cooperar en virtud de un programa de clemencia. Vale decir, podría ocurrir que, luego de una ponderación entre los beneficios y costos esperados, le convenga más a las empresas intentar la vía de los acuerdos negociados más que la de la delación compensada propio de programas de clemencia.<sup>282</sup>

No obstante lo anterior, podría ocurrir que ambos tipos de herramientas puedan complementarse. Esto podría ocurrir en

---

<sup>282</sup> Sobre esta materia puede consultarse la breve síntesis de la OECD (2006, p.11) y el desarrollo un poco más extenso de ICN (2008a, pp. 5-8).

casos en que una vez que la investigación de un cartel pasó a ser notoria o patente, y, por ende, no sea factible postular a los beneficios de un programa de clemencia,<sup>283</sup> las empresas involucradas puedan buscar resolver su situación por la vía de acuerdos negociados de carácter extrajudicial. Como se ha planteado “una vez que una compañía ha perdido la carrera por clemencia, se ve enfrentada a la opción de litigar en contra de la agencia de competencia hasta el final u ofrecer cooperar y celebrar un acuerdo ...” .<sup>284</sup>

g) Descripción comparada de algunas legislaciones iberoamericanas sobre los acuerdos administrativos

Tal como ha podido apreciarse de los análisis previos, las opciones de diseño respecto de los acuerdos administrativos pueden ser múltiples. A continuación, se realizará un análisis comparativo de la situación legal que al respecto presentan algunas legislaciones iberoamericanas, a saber, Chile, España, Perú, Colombia y El Salvador. Se trata de un pequeño muestreo de legislaciones de países: con distinto nivel de desarrollo económico (sin perjuicio de la igualdad relativa entre Chile, Colombia y Perú); con diseños institucionales diversos; y con regulaciones sobre la materia (salvo El Salvador), relativamente nuevas y, como se apreciará, con similitudes y diferencias.

(1) Chile

---

<sup>283</sup> Esto puede ocurrir con todos los involucrados o con aquellos que no alcanzaron a calificar para los beneficios de un programa de clemencia.

<sup>284</sup> ICN (2008a), p. 6.

De acuerdo a la legislación chilena de libre competencia, la autoridad administrativa de competencia (el Fiscal Nacional Económico) tiene la atribución de “suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados”.<sup>285</sup> Esta facultad de la autoridad de competencia está sujeta a revisión judicial, es decir, es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quien deberá aprobar o rechazar el acuerdo, el cual será vinculante para las partes que comparecieron al mismo.<sup>286</sup>

## (2) España

La regulación de los acuerdos administrativos en la legislación de libre competencia de España está contemplada en el artículo 52 de la Ley y el artículo 39 del Reglamento respectivo.<sup>287</sup> Este tipo de acuerdos, denominados terminaciones convencionales por la normativa referida, pueden ser propuestos por la Dirección de Investigación al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. De hecho, el artículo

---

<sup>285</sup> Artículo 39, letra ñ) del D.L. N°211 de 1973, modificado, respecto de esta facultad (la cual no existía previamente), por la Ley N°20.361 de 2009.

<sup>286</sup> El inciso segundo del aludido artículo 39, letra ñ) establece que “[e]l Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo. El Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo y en su contra sólo procederá el recurso de reposición”.

<sup>287</sup> Se trata de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

52.1 de la Ley 15/2007 señala que dicho Consejo “podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público” .

Se indica, además, como resulta común a todas las legislaciones que establece este tipo de acuerdos, que los compromisos serán vinculantes, estableciéndose que “[e]l incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave” .<sup>288</sup>

En cuanto a la oportunidad en que un acuerdo de esta naturaleza puede prosperar legalmente, se señala que la terminación convencional no podrá acordarse una vez elevada al Consejo la propuesta de resolución que formula la Dirección de Investigación y que es notificada a los interesados para que formulen sus alegaciones.<sup>289</sup>

Cabe mencionar, también, que en contra de la resolución de término del procedimiento sancionador, así como contra cualquier resolución del Consejo Nacional de la Competencia, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> Ver artículo 39.7 del Reglamento de Defensa de la Competencia.

<sup>289</sup> El artículo 52.2 de la Ley 15/2007 señala textualmente que “[l]os compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento” . A su vez, el artículo 52.3 señala que “[l]a terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4” .

<sup>290</sup> Ver artículo 48.1. de la Ley 15/2007.

Una característica de este mecanismo, es que no se exige legalmente el reconocimiento de responsabilidad para poner término convencional al procedimiento sancionador. Igualmente, este tipo de acuerdo no sólo se reduce a casos de cartel, sino que, como lo dice la Ley 15/2007, a cualquier clase de acuerdo o práctica prohibida.

Por último, cabe destacar que para la aprobación de una terminación convencional se tiene como parámetro la resolución adecuada de los efectos sobre la competencia derivados de las conductas supuestamente prohibidas, así como, en general, el interés público.

### (3) Perú

“Compromiso de cese” es como se denomina la materia objeto de actual estudio en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú del año 2008. El compromiso de cese corresponde a una solicitud de el o los agentes económicos investigados, la cual es evaluada por la Secretaría Técnica y, en su caso, propuesta por ella para su aprobación por parte de la Comisión de Competencia.<sup>291</sup>

---

<sup>291</sup> La “Secretaría Técnica de la Comisión”, de acuerdo al artículo 15 de la Ley, es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora. Dentro de las atribuciones de la Secretaría Técnica está la de efectuar investigaciones preliminares; iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas; decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción en caso de denuncia de parte; instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios; etc. Por su parte, la “Comisión” es el órgano que, de acuerdo con el artículo 14, tiene como función, entre otras, declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente.

Un primer aspecto a tener en consideración es aquel relativo a la determinación y revisión de los acuerdos o compromisos. A este respecto, el artículo 25.4 de la aludida ley manifiesta que “[1]a Secretaría Técnica evaluará la propuesta y, en caso de estimarla satisfactoria, propondrá a la Comisión la suspensión del procedimiento administrativo principal, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o denegatoria de la propuesta, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional”.

Un segundo aspecto a tener presente es que puede celebrarse un acuerdo de cese del procedimiento respecto de cualquier conducta eventualmente anticompetitiva y no sólo relativa a casos de colusión.

En tercer lugar, resulta interesante constatar que para la evaluación de la solicitud de compromiso de cese la Ley aporta ciertos criterios, más allá de la afirmación de que se trata de una facultad discrecional de la Secretaría Técnica. En efecto, el artículo 25.3 señala que la aludida secretaría tomará en consideración el cumplimiento de las siguientes condiciones:

“(a) Que la totalidad o una parte de los agentes económicos investigados efectúe un reconocimiento de todos o algunos de los cargos imputados en la resolución de admisión a trámite. Dicho reconocimiento debe resultar verosímil a la luz de los medios de prueba que

---

Finalmente, hay que tener presente que existe un “Tribunal”, el cual, según el artículo 16, es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

obren en el expediente principal o que hayan sido aportados por las partes en el marco del procedimiento de aprobación del compromiso de cese;

(b) Que sea verosímil que la conducta anticompetitiva imputada y reconocida por los agentes económicos investigados no haya causado, o no cause, una grave afectación al bienestar de los consumidores. Para ello se podrá tomar en cuenta, de modo indiciario, el tamaño del mercado relevante, la duración de la conducta, el bien o servicio objeto de la conducta, el número de empresas o consumidores afectados, entre otros factores; y,

(c) Que los agentes económicos investigados ofrezcan medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva denunciada y que garanticen que no habrá reincidencia. Adicionalmente, podrán ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda de los infractores.” .

En cuarto lugar, debe considerarse que la legislación peruana sobre la materia restringe la oportunidad para celebrar acuerdos. Como lo dispone el artículo 25.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, “[d]entro del plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos o resolución de inicio del procedimiento, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos” .

En quinto lugar, debe destacarse que el compromiso o acuerdo al que se arribe es vinculante u obligatorio, siendo el incumplimiento “tratado como una infracción grave” .<sup>292</sup>

Finalmente, se señala expresamente que “[l]a aprobación del compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso” .<sup>293</sup>

#### (4) Colombia

De acuerdo a la legislación colombiana, sí es posible la terminación anticipada de una investigación en la medida en que se ofrezcan garantías suficientes para ello.<sup>294</sup> En otras palabras, se reconoce legalmente la posibilidad de celebrar acuerdos negociados que den lugar a compromisos de la parte investigada ante la Superintendencia de Industria y Comercio.<sup>295</sup>

Un primer aspecto a ser destacado es que no se indican parámetros ni condiciones relativas al contenido de los

---

<sup>292</sup> Ver artículo 25.5 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú.

<sup>293</sup> Artículo 25.7 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú.

<sup>294</sup> Ver artículo 16 de la Ley 1.340 de 24 de Julio de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

<sup>295</sup> La Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo al artículo 6 de la Ley 1.340 de 2009, “conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal” .



compromisos idóneos para poder poner término a una investigación. Tampoco se especifica el ámbito de materias infraccionales en las cuales opera.

No obstante lo anterior, una de las características que, por omisión, es posible colegir, consiste en que se podría celebrar un acuerdo respecto de cualquier tipo de infracción a la libre competencia.

Otra particularidad dice relación con la oportunidad en la que puede celebrarse un acuerdo. De acuerdo al artículo 16 de la Ley 1.340 de 2009, para que pueda terminarse anticipadamente una investigación “se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas” .<sup>296</sup>

Al igual que como ocurre con las otras legislaciones analizadas, los compromisos adquiridos por los agentes económicos y que están contenidos en los acuerdos celebrados tienen un carácter obligatorio. De hecho, el inciso segundo del artículo 16 de la Ley 1.340 de 2009 dispone que “[e]l incumplimiento derivado de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio” .

---

<sup>296</sup> La segunda parte del inciso primero del citado artículo señala que “[s]i se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que se verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados” .

Asimismo, la legislación colombiana admite la participación de terceros para efecto de la decisión a ser adoptada por la Superintendencia. En efecto, el inciso 4 del artículo 19 de la Ley sostiene que “[d]e la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término que la Superintendencia considere adecuado” .

Finalmente, cabe señalar que no existe regla específica respecto de la revisión judicial de este tipo de acuerdos administrativos.

#### (5) El Salvador

A diferencia de los otros países de la muestra, la legislación de libre competencia de El Salvador contempla de manera críptica o poco clara la posibilidad de celebrar acuerdos administrativos entre la autoridad de competencia y una empresa sospechosa de haber cometido una infracción.<sup>297</sup>

En efecto, el artículo 39 inciso 1º de la Ley dispone que “[d]urante los trámites de la instrucción del procedimiento para la investigación de las prácticas anticompetitivas distintas de las contempladas en el artículo 25 de esta Ley, el presunto infractor podrá brindar garantías suficientes que suspenderá o modificará la práctica anticompetitiva por la cual se le investiga” . Esta disposición legal, no del todo clara como se ha manifestado, podría dar lugar a que la

---

<sup>297</sup> La norma legal relevante es el Decreto Legislativo N° 528, de fecha 26 de Noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial N° 240, Tomo N° 365, del 23 de Diciembre de ese mismo año, y reformada mediante Decreto Legislativo N° 436 del 18 de Octubre de 2007, publicado en el Diario Oficial N° 204, Tomo N° 377, del 1 de Noviembre de 2007.

Superintendencia de Competencia de El Salvador negocie y acuerde con el agente económico investigado la suspensión (sin sanción) de la práctica presuntamente anticompetitiva, o bien la aceptación o modificación de la misma.

Con un nivel de discreción amplísimo, debido a la inexistencia de parámetro legal o reglamentario alguno, la agencia de competencia de El Salvador puede ponderar la conveniencia de aceptar un acuerdo. Lo anterior queda de manifiesto de lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento de la Ley, el cual señala que “[v]erificado lo conducente en el transcurso del procedimiento, el Superintendente emitirá resolución motivada en la cual podrá negar o aceptar los beneficios relacionados con la suspensión, modificación o aceptación de la práctica investigada”.

Sin perjuicio de lo manifestado con anterioridad y para relativizar aún más la existencia de la facultad por parte de la autoridad de competencia de El Salvador para negociar acuerdos, el examen inter-pares realizado por el Banco Interamericano de Desarrollo y la OECD sobre el Derecho y Política de la Competencia en dicho país sostiene que “no hay actualmente ningún procedimiento establecido mediante el cual la superintendencia pueda ‘arreglar’ los casos, o sea, llegar a un acuerdo con las partes sobre el remedio apropiado”.<sup>298</sup>

#### (6) Síntesis comparativa

A modo de síntesis, es posible apreciar, en primer lugar, que los países analizados, salvo El Salvador, cuentan con

---

<sup>298</sup> BID y OECD (2008), p. 29.

legislaciones con diferente densidad normativa sobre la materia.<sup>299</sup> Por un lado se encuentra la legislación chilena, bastante escueta sobre el particular, y, por otro, la legislación peruana, la cual no solo establece reglas precisas, sino también orientaciones. La normativa española contiene una regulación legal escueta, la cual, no obstante, es pormenorizada por disposiciones reglamentarias e, incluso, desarrollada más ampliamente por una comunicación o guía específica. Finalmente, en un nivel intermedio es posible ubicar a la legislación colombiana.

En segundo lugar, cabe destacar que todas las legislaciones examinadas permiten un amplio ámbito de aplicación de los acuerdos administrativos como instrumentos de negociación y que sirven para poner fin a un caso. En efecto, en todos los países, con excepción de El Salvador, es posible aplicar dicha herramienta de “enforcement” a los distintos tipos de conductas anticompetitivas.

En tercer lugar, puede sostenerse que existe una regulación diferente respecto del espacio de tiempo con que se cuenta para que la celebración de un acuerdo administrativo extrajudicial pueda llevarse a cabo. En el caso de Chile, no existe referencia alguna a este aspecto, sin perjuicio de lo cual bien puede interpretarse que puede celebrarse un acuerdo hasta el término de la etapa de investigación. Una orientación similar, aunque más explícita, es posible constatar en España y Colombia. En Perú, en cambio, se establece una regla precisa en cuanto al número de días en el que es jurídicamente viable llegar a un acuerdo.

---

<sup>299</sup> Por tal razón, se excluirá del análisis comparado la legislación de El Salvador.

En cuarto lugar, salvo la legislación chilena,<sup>300</sup> todas las legislaciones examinadas que cuentan con este tipo de herramienta contemplan la obligatoriedad y el carácter de infracción sancionable de carácter grave del incumplimiento de un acuerdo.<sup>301</sup>

En quinto lugar, en cuanto a la regulación específica de la participación de terceros en este tipo de procedimientos para arribar a acuerdos administrativos, se puede sostener que existen diferencias, ya que sólo la legislación colombiana explicita la obligación de escucharlos en forma previa a la adopción de un acuerdo. Lo anterior no obsta a que, en la práctica o en virtud de otras prescripciones de jerarquía no legal las diversas jurisdicciones brinden participación a terceros.

En sexto lugar, hay que señalar que sólo la legislación peruana establece explícitamente que los acuerdos administrativos no limitan en modo alguno la responsabilidad civil por daños y perjuicios a particulares.

En séptimo lugar, se constata que la participación de un ente judicial en la autorización o aprobación de un acuerdo sólo es requerida en Chile, lo cual se explica por su particular sistema institucional. No obstante lo anterior, puede sostenerse que la legislación española permite la

---

<sup>300</sup> En el caso de Chile, es posible sostener que los acuerdos extrajudiciales tienen un carácter vinculante, más aún si se tiene presente que éstos son aprobados, en definitiva, por resolución judicial del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

<sup>301</sup> Debe advertirse, no obstante, que en el caso de Colombia no se hace referencia a la gravedad de la infracción, lo cual es consistente con el hecho de que no existe en dicha legislación diferenciación alguna de las infracciones de acuerdo a su gravedad. Y, en el caso de España, se dice que una violación del acuerdo constituirá una infracción muy grave.

revisión judicial de la resolución aprobatoria de un acuerdo. En Colombia, como se manifestó, no existe regla específica respecto de la revisión judicial de este tipo de acuerdos administrativos. Finalmente, el único país en donde de manera explícita no se permite la impugnabilidad de la decisión adoptada sobre la materia es Perú.

En octavo lugar, salvo la regulación española y la peruana, no existe referencia legislativa a los parámetros que debieran guiar la decisión de la autoridad de competencia para adoptar un acuerdo administrativo extrajudicial.<sup>302</sup> En cuanto al reconocimiento de responsabilidad como requisito para la adopción de un acuerdo, sólo la legislación peruana, a modo de orientación de una decisión concebida como discrecional, la menciona.

Para finalizar, a continuación se presentará una tabla que muestra sintéticamente algunas características comparadas de las diferentes legislaciones analizadas:

---

<sup>302</sup> En el caso de Chile, por autoridad de competencia, en el ámbito analizado, debe entenderse no sólo la autoridad administrativa (esto es, la Fiscalía Nacional Económica), sino también el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Cuadro N°6: Regulación de los acuerdos negociados en algunas jurisdicciones iberoamericanas

	Chile	España	Perú	Colombia	El Salv.
Precisión y detalle de la regulación	-	+	+	+-	n/a
Referencia legislativa sobre los parámetros que debieran guiar la decisión de la autoridad	-	+	+	-	n/a
Exigencia normativa de reconocimiento de responsabilidad como condición para celebrar un acuerdo	-	-	+-	-	n/a
Amplitud en el ámbito de aplicación de los acuerdos en relación al tipo de conducta anticompetitiva	+	+	+	+	n/a
Limitación en cuanto a la oportunidad (dentro de la etapa de investigación) para celebrar un acuerdo	-	-	+	-	n/a
Sanción explícita al incumplimiento de un acuerdo	-	+	+	+	n/a
Regulación de la participación de terceros en el proceso	-	-	-	+	n/a
Exclusión explícita de la limitación de responsabilidad civil por daños y perjuicios a particulares	-	-	+	-	n/a
Participación de un ente judicial en la autorización o aprobación de un acuerdo	+	-	-	-	n/a
Posibilidad de revisión judicial reconocida explícitamente en legislación de libre competencia	+	+	-	-	n/a

Fuente: elaboración propia





## CAPÍTULO 7

### ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS DE COLABORACIÓN Y NEGOCIACIÓN PARA LA EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE UN MARCO NORMATIVO DE LIBRE COMPETENCIA (2): LAS DENOMINADAS “POLÍTICAS DE CLEMENCIA”

Junto a la celebración de acuerdos administrativos, el otro gran instrumento propio de una estrategia de negociación para hacer cumplir una legislación de libre competencia es lo que se denomina “clemencia” o “leniency”.

Una política de clemencia es aquel sistema de inmunidad o exoneración total o parcial de sanciones aplicable al infractor que reporta su ilícito y coopera en la provisión de evidencia a una autoridad de competencia.<sup>303</sup> Generalmente, el término clemencia se utiliza para aquellos casos en que la infracción a la libre competencia es una colusión o cartel.

Desde la perspectiva de la disuasión óptima de ilícitos, es posible sostener (desde una óptica racional) que un potencial infractor ponderará (previo a la decisión de delinquir) los beneficios esperados y los costos esperados (reflejados, fundamentalmente, en la sanción) que le podría reportar la comisión del ilícito. Sin embargo, dado que la probabilidad de que se le pueda imponer una sanción al infractor no es nunca de un 100 %, junto al grado de severidad de la sanción (o costo) debe evaluarse, también, el grado de

---

<sup>303</sup> La publicación sobre políticas de clemencia de la ICN (2009c, p.2), aclara que el término clemencia ( “leniency”, en inglés), suele llamarse, también, inmunidad o amnistía, dependiendo de la jurisdicción de que se trate.

probabilidad de que la infracción sea detectada y el infractor efectivamente condenado y sancionado.

La lógica recién expuesta permite, en términos generales, avizorar que una política de clemencia puede tender a incrementar la probabilidad de detección y condena de un infractor, a costa de disminuir la severidad de la sanción que le correspondería. Es decir, de los dos componentes en los cuales descansa el costo esperado para el infractor derivado de la comisión de un ilícito, una política de clemencia tiende a favorecer uno a costa de reducir, en parte, el otro.

Más allá del planteamiento recién expuesto, a continuación se evaluarán con detalle las ventajas y potenciales desventajas o riesgos que se deriva de la utilización de esta herramienta de “enforcement” .

## **1.- Beneficios de una política de clemencia**

Son varias las ventajas de contemplar dentro del arsenal de instrumentos para hacer cumplir una legislación de libre competencia un sistema de clemencia. Siguiendo, fundamentalmente, la sistematización sugerida por Wils (2007, pp.38-45), es posible identificar los siguientes efectos positivos de una política de clemencia: (1) mejorar la recolección de evidencia; (2) incrementar la dificultad de crear y mantener un cartel; (3) disminuir los costos de adjudicación final administrativa y/o judicial; y (4) reparar a las víctimas. En lo que sigue, se analizarán en detalle las ventajas mencionadas.

### **1.1. Mejorar la recolección de evidencia**

Utilizando las palabras de la ICN (2009c, p.2), uno de los beneficios de implementar programas de clemencia consiste en la “detección”, esto es, en promover el descubrimiento de carteles. Para apreciar mejor las ventajas de un programa de clemencia en cuanto a la recolección de evidencia para detectar su existencia, puede resultar conveniente referirse, en forma previa, a las tres posibles fuentes para la obtención de ésta y a las tres maneras en virtud de las cuales una autoridad de competencia puede obtenerla.

a) Fuentes posibles para la obtención de evidencia

Una política de clemencia va dirigida a obtener evidencia de una de las tres posibles fuentes que para tal efecto existen.<sup>304</sup> Incluso más, es posible sostener que este tipo de instrumento para hacer cumplir una ley permite obtener evidencia de la más idónea de las fuentes, esto es, de aquella originada en los mismos agentes económicos que cometieron la infracción.<sup>305</sup> Una segunda fuente para la obtención de evidencia por parte de una autoridad de competencia es el monitoreo que ella misma realiza de los mercados por medio de la revisión de información y datos públicos, y el análisis económico de los mismos. Por último, una tercera fuente idónea para el fin aludido consiste en la información proporcionada por terceros, tales como, por ejemplo, clientes o competidores perjudicados por una infracción a la libre competencia.

---

<sup>304</sup> Ver al respecto a Wils (2007), pp.38-39.

<sup>305</sup> En el caso de colusión, el carácter clandestino de este tipo de infracción (salvo el caso de lo que suele denominarse como colusión naïvê) hace que sea muy difícil obtener evidencia suficiente de las otras dos fuentes de información posibles.

b) Formas posibles en virtud de las cuales una agencia de competencia puede obtener evidencia y ventajas de la clemencia como vía para aquello

Identificadas ya las tres fuentes de las cuales es posible obtener evidencia de la existencia de una infracción, se puede sostener, también, que una autoridad de competencia tiene, básicamente, tres formas o maneras para obtener información de las compañías (potencialmente infractoras): el uso de la fuerza física directa o intrusión encubierta; la inducción a cooperar por medio de la amenaza de sanción; y el sistema de clemencia o “leniency”.

En cuanto al ejercicio directo de fuerza o intrusión encubierta, existen legislaciones que contemplan la facultad de conducir inspecciones o “dawn raids” en recintos de la empresa o en hogares privados, las cuales pueden ser bastante intrusivas. A modo ilustrativo, la agencia de competencia chilena (la Fiscalía Nacional Económica) cuenta con la potestad para “[e]ntrar a recintos públicos o privados y, si fuese necesario, a allanar y descerrajar”.<sup>306</sup> Igualmente, dicho organismo puede “[r]egistrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de infracción”.<sup>307</sup> Incluso más, la Fiscalía Nacional Económica puede llegar a interceptar toda clase de comunicaciones.<sup>308</sup> En el caso español, por ejemplo, el personal de la Comisión

---

<sup>306</sup> Artículo 39n.1) del Decreto Ley N°211.

<sup>307</sup> Artículo 39n.2) del Decreto Ley N°211.

<sup>308</sup> Artículo 39n.3) del Decreto Ley N°211. En este mismo ámbito, el artículo 39n.4) del aludido decreto ley faculta a la agencia de competencia chilena para “[o]rdenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella”.

Nacional de la Competencia podrá “acceder a cualquier local, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas, [...] verificar los libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera sea su soporte material” ,<sup>309</sup> entre otras facultades.<sup>310</sup>

El ejercicio de la facultad de inspección (por ejemplo, por la vía de la fuerza o de manera encubierta) tiene, sin embargo, limitaciones. En efecto, se trata de un mecanismo costoso en el cual la agencia de competencia tiene que “navegar” a través de muchos documentos físicos y electrónicos, para lo cual no es inocuo el grado de colaboración que pueda prestar la empresa objeto de inspección y su personal.<sup>311</sup>

En relación al segundo mecanismo para obtener información de las compañías, esto es, la inducción a cooperar por medio de la amenaza de sanción, es posible argüir que una primera ventaja respecto del método anterior (el de la inspección) es que su uso no se limita a obtener información contenida en documentos o grabaciones ya existentes. En efecto, una compañía puede generar información adicional no existente con anterioridad. Una segunda ventaja radica en que puede llegar a ser más barato que el anterior sistema en la medida en que

---

<sup>309</sup> Artículo 40.2.a) y b) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

<sup>310</sup> Otras facultades relacionadas pueden consultarse en el artículo 40 de la citada Ley.

<sup>311</sup> Como sugiere Wils (2007, p.40), para instigar la cooperación de los inspeccionados resulta importante que existan sanciones por la no cooperación o que la no colaboración pueda ser un factor de incremento de la sanción que se imponga, en caso que se llegue a ese evento.

la empresa y su personal pueda tener más fácilmente a disposición de la autoridad el material requerido. No obstante, al igual que como ocurre con otros métodos de acopio de información y evidencia, existen problemas. Un primer inconveniente es la confiabilidad de la información y evidencia que se puede recuperar por esta vía. En efecto, es razonable pensar que aquellas empresas que han cometido una infracción intentarán ser esquivos al momento de responder a los interrogatorios que se les hagan, así como selectivos respecto de la información que entregan.<sup>312</sup> Un segundo inconveniente que puede plantearse respecto de la inducción a cooperar en virtud de la amenaza de una sanción radica en el costo para los agentes económicos involucrados, sea en relación a los recursos financieros y humanos gastados en cumplir con lo requerido, como en lo concerniente a aquel envuelto en tener que enfrentar interrogatorios y explicaciones.

En lo que respecta a la clemencia como instrumento para la obtención de información o evidencia (de compañías o personas que han cometido infracción), es posible señalar, como lo manifiesta Wils (2007, pp.240-241), que es el método que más claras ventajas posee respecto de los otros dos ya mencionados. Ciertamente es que al igual que el segundo mecanismo implica un ahorro de costos en el sentido de que la recolección de información relevante es realizada por la propia empresa, el cual tiene mayor familiaridad con ésta.

---

<sup>312</sup> Wils (2007, p.40) plantea, por otra parte, que cuando las empresas o personas investigadas son inocentes, existe el riesgo de que interrogatorios ingeniosos den lugar a que interrogados menos sofisticados realicen afirmaciones inculpatorias, o que ante la presión psicológica o física también se hagan ese tipo de afirmaciones con el fin de escapar a tal tipo de presión. Una de las razones por las cuales existe en muchas legislaciones el privilegio en contra de la autoincriminación radica, precisamente, en lo recién manifestado.

Pero, a diferencia de aquél, no sufre de los mismos problemas de confiabilidad. En efecto, se puede plantear que no existen incentivos evidentes para proporcionar información o evidencia poco confiable arriesgando la pérdida del beneficio de la inmunidad o de la reducción de una sanción.<sup>313</sup> Incluso más, una política de clemencia agrega un incentivo para que los participantes de una colusión generen y mantengan evidencia de la existencia de la infracción, la cual puede utilizarse en su beneficio si se quiere postular a los beneficios asociados a una política de delación compensada. Es más, podría producirse una “carrera por cooperar” si las empresas son capaces de advertir la importancia y pertinencia de entregar información en forma oportuna.

Sin perjuicio de las comparaciones entre los diferentes métodos para obtener información y evidencia, es importante destacar, finalmente, que una política de clemencia debe considerarse como complemento más que como sustituto de otros mecanismos y, ciertamente, de otras estrategias desde una perspectiva más general.<sup>314</sup>

## 1.2. Incrementar la dificultad de crear y mantener carteles

---

<sup>313</sup> Lo anterior es sin perjuicio de algunos riesgos que se mencionarán más adelante, tales como el intentar obtener beneficios a través de incriminar incorrectamente a otra u otras partes.

<sup>314</sup> Citando a Wils (2007, p.43), y como consideración general adicional, “mientras mayor y mejor sea la calidad de la evidencia que las autoridades de competencia pueden obtener gracias a [una política] de clemencia (debido tanto a los menores costos en la recolección de información como debido a que más evidencia es creada y mantenida, en primer lugar) [más alta será la posibilidad de imponer] mayores penas (...)”. Lo anterior, como se verá, posibilitará que una política de clemencia sea favorecida ante el temor de un escenario peor, como puede ser el severo castigo derivado de la imposición de una sanción.

Así como un primer beneficio de un programa de clemencia consiste en la detección de la existencia de carteles, la disuasión o desincentivo a la creación de este tipo de prácticas, unido al estímulo a desistirse o no perseverar en ellas, es otro beneficio digno de destacarse.

Crear y mantener un cartel que sea exitoso requiere de esfuerzo. Hay que tener presente que sus miembros deben coordinar su comportamiento de una manera estratégica y mutuamente consistente, acordar los beneficios que cada uno percibirá, además de implementar un sistema de monitoreo y castigo que preserve la permanencia en el tiempo del cartel.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible sostener que un programa de clemencia bien diseñado puede dificultar aún más el trabajo requerido para la existencia de un cartel y, desde luego, para su mantención.<sup>315</sup> En efecto, debe tenerse en consideración que la estrategia básica de un programa de clemencia radica en que al darles a los miembros de un cartel un premio o beneficio por confesar, se disemina la desconfianza e incertidumbre al interior del cartel.<sup>316</sup> Como lo explica Kloub (2009, pp.5-6), “un programa de clemencia crea un dilema de los prisioneros para los miembros del cartel al proporcionar un fuerte incentivo para que un miembro de éste rompa filas y escape de la sanción mientras los otros miembros sufren muy severas sanciones. Esto resulta en una gran incertidumbre debido a que ninguno de los miembros del cartel puede estar seguro de que otro miembro no reportará sus actividades ilegales (...). Tal riesgo, cuando es visto desde la perspectiva del potencial miembro de un cartel, puede

---

<sup>315</sup> Ver, por ejemplo, a Wils (2007), Zingales (2008) e ICN (2009c).

<sup>316</sup> Zingales (2008), pp.8-9.



generar un efecto disuasorio adicional para no involucrarse en un cartel” .

Hay que tener presente que el grado de dificultad incremental para crear y mantener un cartel debido a la implementación de un programa de clemencia dependerá, principalmente, de tres factores: el beneficio esperado derivado de este tipo de programas (mientras mayor sea el beneficio, mayor será el incentivo para engañar, denunciar y cooperar); la probabilidad de detección y condena en ausencia de cooperación (mientras mayor sea el riesgo y castigo, mayor será la ventaja de acceder a los beneficios de un programa de clemencia); y la ganancia o rentabilidad del cartel (mientras menor rentabilidad tenga coludirse, menos atractivo y más riesgoso será incurrir o perseverar en dicho tipo de infracción).

### 1.3. Disminuir los costos de adjudicación final administrativa y/o judicial

Ya se han destacado los beneficios de la implementación de un programa de clemencia en la fase investigativa o de detección. Sin embargo, si la cooperación exigida para la obtención de un beneficio derivado de un programa de clemencia consiste en el reconocimiento de la infracción y la aceptación de la sanción, resulta evidente que dicho programa tenderá a disminuir los costos involucrados en la etapa de adjudicación.<sup>317</sup>

### 1.4. Reparar a las víctimas

---

<sup>317</sup> Wils (2007), pp. 43-44.

Si la política de clemencia establece como exigencia, o al menos como posibilidad, la compensación a las víctimas perjudicadas por la infracción anticompetitiva, se estaría satisfaciendo una importante función de todo sistema de ejecución y cumplimiento de una normativa. De hecho, en Estados Unidos, como lo señala Kloub (2009, p.14), uno de los requerimientos para obtener inmunidad consiste en que la empresa postulante compense a las víctimas por su conducta ilegal.

No obstante, debe advertirse que el reconocimiento de responsabilidad de un hecho ilícito puede incrementar el riesgo o la amenaza de verse sometido a acciones privadas por daño, lo que puede ser un desincentivo para una compañía a postular a los beneficios de un mecanismo de clemencia. En Estados Unidos, país en el que las acciones privadas por daños derivados de infracciones a la libre competencia han tenido un desarrollo sin parangón, se encuentra limitada la responsabilidad de la empresa que hace el reconocimiento como parte de la aplicación de un programa de clemencia. En efecto, su responsabilidad ante acciones privadas por daños se limita sólo a los daños actuales, no siendo posible accionar por el cobro del triple de los daños, como normalmente es el caso.<sup>318</sup>

Por el contrario, si los beneficios de un programa de clemencia, en especial la inmunidad, se extiende, también, a las acciones civiles privadas de indemnización por daños, el atractivo de la clemencia como mecanismo se incrementaría.

---

<sup>318</sup> Kloub (2009), p. 14.

## 2.- Potenciales desventajas y riesgos de una política de clemencia

Al igual que como ocurre con los acuerdos administrativos, un programa de clemencia no sólo puede tener ventajas, lo que hace de este instrumento uno digno de ser implementado y recomendado, sino que también pueden existir desventajas y riesgos. En lo que sigue se explicarán las potenciales desventajas y los riesgos de la clemencia como herramienta de negociación (propia de una estrategia menos dura o intermedia) para el efectivo cumplimiento de una legislación de libre competencia.

### 2.1. Disminuir el grado de severidad de la sanción y, de esta manera, su efecto disuasorio

Tal como se dejó constancia con ocasión del estudio de los acuerdos administrativos, el colocar término a un proceso, aunque sea respecto de uno solo, inevitablemente reduce los beneficios de poner término a un caso por la vía de una sentencia. En este sentido, es posible argüir que la circunstancia de no ser penalizado (cuando el beneficio es la inmunidad) o de ser penalizado más levemente importa una disminución en el efecto disuasorio de una sanción.

No obstante, hay que tener presente, como se dijo en la introducción a este tipo de mecanismo, que la disuasión se alcanza por la combinación de dos factores. El primero es el nivel o grado de severidad de las sanciones impuestas o que se espera que se impongan, en cuyo caso mientras más altas sean

éstas mayor poder disuasorio existirá.<sup>319</sup> El segundo factor, en términos generales, dice relación con la tasa de detección, elemento que es considerado por el infractor al momento de evaluar los costos esperados de cometer el ilícito. En efecto, el potencial infractor descontará la sanción esperada por la probabilidad de ser descubierto en la comisión de la infracción. Es respecto de este último factor que las políticas de clemencia proporcionan sus mayores beneficios.

Como dice Wils (2007, p.45), la necesidad de evitar reducciones innecesarias en el nivel de severidad de las penas explica, en primer lugar, la limitación consistente en la no aplicación de políticas de clemencia a todo tipo de ilícito de libre competencia, sino sólo a aquellos más difíciles de ser detectados, como las colusiones o carteles. Argumentando en línea con lo recién expuesto, Zingales (2008, p.7) sostiene que un mecanismo de clemencia no tendría sentido para ilícitos individuales debido a que “si uno sabe que será capaz de rendirse a las autoridades para evitar su detección, entonces él no será disuadido en primer lugar porque él será consciente de la posibilidad de evitar la norma legal que prohíbe la conducta”.

La conveniencia de minimizar la pérdida disuasoria por una menor severidad de las sanciones dado los beneficios de un programa de clemencia explica, también, como se verá más adelante, que legislaciones que contemplan este tipo de políticas sólo entreguen inmunidad total al primer miembro del cartel que confiese y coopere. Sin perjuicio de lo anterior, a veces, resulta necesario completar y corroborar la evidencia proporcionada por el primer colaborador, lo cual explica por

---

<sup>319</sup> Más adelante se profundizará en el tema de las sanciones como estrategia para asegurar o avanzar en el cumplimiento de una legislación de libre competencia.

qué puede ser necesario otorgar el beneficio de una reducción en la sanción a algún otro miembro del cartel dispuesto a cooperar. Lo que resulta más controvertido, sin embargo, es la necesidad de otorgar beneficios al tercer, cuarto, quinto, sexto o incluso séptimo miembro del cartel dispuesto a cooperar.<sup>320</sup> No debiera perderse de vista que las reducciones de sanciones debieran depender de la oportunidad y utilidad de la colaboración.

Una manera de compensar el efecto negativo que puede derivar de una disminución de la sanción por la instauración y aplicación de un programa de clemencia puede ser el incremento en la legislación de las penas para este tipo de ilícitos.<sup>321</sup>

Otra medida que, como lo plantea Wils (2007, p.47), puede ser adoptada para reducir el efecto negativo de la disminución de las penas, es elevar los requerimientos respecto de la calidad de la evidencia que tiene que ser proporcionada. Colocar parámetros poco exigentes puede, tal vez, maximizar el número de postulaciones por clemencia, pero no puede perderse de vista que el objetivo no es lograr un mayor número de postulaciones, sino mayores niveles de disuasión por la vía de aumentar la probabilidad de detección y condena de carteles. Si la evidencia exigida para ser beneficiado por un programa de clemencia es baja, en especial para el primer postulante, es muy posible que sea necesario otorgar beneficios mayores para los postulantes subsiguientes para poder alcanzar los

---

<sup>320</sup> Tal situación, como lo describe Wils (2007, p.47), ocurrió en el caso Specialty Graphite [2006] OJ L180/20, en el cual el primer miembro colaborador recibió inmunidad, seis recibieron una reducción de la sanción de un 35% y el octavo una reducción de la pena de 10%.

<sup>321</sup> En el caso de Chile, la última modificación legislativa del año 2009 (Ley N°20.361) aumentó en un 50% la magnitud de la multa para los carteles (ver artículo 26 letra c) del DL N°211).

niveles de evidencia que satisfagan las pretensiones de la autoridad de competencia.

## 2.1. Exclusiva confianza en el mecanismo de clemencia, sin que se construya una adecuada reputación de detección y condena de carteles

Hay que tener presente que el incentivo primordial para que una empresa que se ha coludido haga uso de los beneficios de un programa de clemencia radica en la posibilidad de evitar total o parcialmente la imposición de una sanción. De lo anterior es posible colegir que si se tiene la percepción por parte de los potenciales o actuales coludidos de que es improbable que una agencia de competencia active una estrategia sancionatoria que sea efectiva, los beneficios derivados de un programa de clemencia se harán menos atractivos.<sup>322</sup>

Es por la razón expresada anteriormente que no debe perderse de vista la circunstancia de que incluso un programa de clemencia exitoso en un inicio puede verse afectado negativamente si no se mantiene una importante reputación sancionatoria por parte de la autoridad de competencia.<sup>323</sup> Como lo plantea Wils (2007, p.48), si por un prolongado período una agencia de competencia no detecta e inicia

---

<sup>322</sup> En este sentido, y tal como lo expresa la ICN (2009c, p.3), existe un generalizado consenso entre las agencias de competencias de que hay tres prerrequisitos para la implementación exitosa de un programa de clemencia: un alto riesgo de detección, sanciones significativas, y transparencia y certidumbre.

<sup>323</sup> Como lo plantea Kloub (2009, p.11), para capitalizar la suficiencia de las sanciones y la credibilidad persecutoria de la autoridad de competencia, ésta debiera publicitar los resultados de su actividad.

acciones legales en contra de infractores, éstos pueden empezar a dudar de su capacidad para lograr que se imponga el tipo de castigo del cual se teme.

Efectivamente, puede existir el riesgo de descansar demasiado en el éxito de un programa de clemencia sin tener suficientemente en consideración que una estrategia menos dura, como una basada en aquella, no puede prescindir de una estrategia sancionatoria o dura, la cual debe concebirse como complementaria.

### 2.3. Adaptabilidad y aprovechamiento estratégico por miembros de un cartel de los beneficios de un programa de clemencia

Toda organización puede tener la capacidad de aprender y adaptarse a las circunstancias de modo de obtener el mayor provecho posible de las circunstancias. En efecto, un aprovechamiento estratégico por los miembros de un cartel de las ventajas derivadas de un programa de clemencia constituye un riesgo que amerita ser minimizado a través de la adopción de ciertos resguardos.

Un diseño adecuado para el logro de un programa de clemencia que sea efectivo, debiera contemplar, por ejemplo, una limitación del beneficio de la inmunidad sólo para el primer participante del cartel que coopere con la autoridad de competencia. Si no se estableciera tal regla, se correría el riesgo de que al incrementarse el riesgo de detección del cartel o a la llegada de una situación de muerte natural (o cercana a ella) del mismo, todos los miembros del cartel denunciaran colectivamente su existencia reclamando

inmunidad.<sup>324</sup> Igualmente, tal limitación para la obtención del beneficio de inmunidad evitaría que un programa de clemencia pueda ser utilizado por las empresas coludidas como mecanismo para castigar desviaciones del acuerdo por parte de una o varias de ellas. En tal caso, de no existir la limitación aludida, las empresas fieles al acuerdo podrían denunciar de manera conjunta a la o las compañías disidentes, obteniendo para ellas la protección de inmunidad. En este mismo sentido, junto con la limitación de inmunidad para el primer “cooperador”, una limitación a la obtención de beneficios para el instigador o líder (o administrador) del cartel puede ser de ayuda, necesidad que puede quedar más de manifiesto al considerarse el último de los potenciales efectos negativos de un programa de clemencia.

#### 2.4. Efecto moral negativo

La ponderación utilitarista basada en la estimación del grado de conveniencia económica que puede tener para el infractor como para la agencia de competencia la aplicación de una política de clemencia no es la única perspectiva que amerita ser tomada en cuenta y, en este sentido, constituye una limitación y objeción a dicho tipo de estrategia. En efecto, el sentido retributivo de una sanción o pena, la cual busca asegurar que los infractores reciban un justo castigo por el ilícito cometido puede verse perjudicado por los

---

<sup>324</sup> Wils (2007, p.48) agrega el riesgo que implicaría una situación en que las mismas compañías participaran en varios carteles en diferentes mercados, lo cual podría permitir, ante la inminencia de detección, una coordinada rotación para la obtención de beneficios derivados de un programa de clemencia. Ante este tipo de circunstancias, la existencia de sanciones a los individuos (en especial si éstas implican privación de libertad) hace poco atractivo un comportamiento como el descrito.



beneficios que pueden alcanzarse por los infractores que hagan uso de un mecanismo de clemencia. La justicia involucrada en el reproche propio de una pena tiene un efecto moral que tiende a perderse con la instauración y aplicación de dicho tipo de estrategia “negociadora”.

Existen dos tipos de objeciones que derivan del sentimiento de moralidad que las personas pueden poseer y que es ajeno a los cálculos utilitaristas que resaltan en mayor medida valores como la eficacia y eficiencia: el primero consiste en la ausencia de castigo para el culpable y el segundo dice relación con el tratamiento no equitativo a los co-infractores.<sup>325</sup>

Respecto de la primera objeción a la clemencia o delación compensada como mecanismo, esto es, la ausencia de castigo para el culpable, es posible lograr algún grado de atenuación si esta herramienta es, en primer lugar, diseñada y aplicada de manera proporcionada, es decir, asegurándose que los beneficios derivados de un programa de clemencia no vayan más allá de lo necesario. En segundo lugar, resulta importante que se asegure que la cooperación brindada sea suficiente y genuina.

En lo concerniente a la segunda objeción consistente en el tratamiento no equitativo de los co-infractores, esto puede ocurrir cuando uno o varios de los coludidos reciben completa o parcial inmunidad mientras otros pueden terminar siendo severamente castigados. Esta crítica puede ser morigerada si, nuevamente, la cooperación dispensada es genuina y suficiente. Otra medida que puede ayudar a moderar los reparos es la transparencia y predictibilidad en el diseño y aplicación de

---

<sup>325</sup> Ver al respecto a Wils (2007), pp.50-51.

este tipo de mecanismo para lograr el cumplimiento de una legislación de libre competencia.

Por último, no puede desatenderse el hecho de que las dos preocupaciones u objeciones previamente mencionadas pueden agravarse, desde el punto de vista moral, si el beneficiario de un programa de clemencia resulta ser el líder o instigador del cartel. Esta es la razón en virtud de la cual algunas legislaciones excluyen a este tipo de infractores de los beneficios de la delación compensada.<sup>326</sup>

### **3.- Algunos factores claves para el éxito de un programa de clemencia**

De la explicación sobre las ventajas y riesgos de efectos negativos de una política de clemencia se aludió a varias recomendaciones para un buen diseño de este tipo de instrumentos. Sin perjuicio de lo anterior, en la sistematización que sigue se enunciarán y explicarán (con diferente grado de profundidad, según el caso) aquellas condiciones de diseño y práctica que debieran tenerse presente para el éxito de un programa de clemencia.

#### **a) Alto riesgo de detección**

Como ya se ha manifestado con anterioridad, las autoridades de competencia debieran adoptar estrategias duras dirigidas a lograr la observancia de las normas sobre libre

---

<sup>326</sup> La legislación chilena, por ejemplo, exceptúa de los beneficios de la delación compensada al agente económico que haya sido “el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella” (inciso final del artículo 39 bis del DL N°211).

competencia. En efecto, las agencias de competencia deben utilizar sus potestades para investigar y accionar en contra de los infractores que participan en carteles, los cuales deben percibir que existe un riesgo real de que se les detecte y condene. Para este efecto, un programa de clemencia puede ser complementado por la existencia del otorgamiento de ciertas facultades a las agencias de competencia, tales como la de interceptar comunicaciones y allanar las dependencias de las compañías.

b) Sanciones lo suficientemente altas

Unido al significativo riesgo de ser detectados y condenados, los infractores miembros de un cartel deben percibir que el costo esperado de la comisión del ilícito es significativo. Efectivamente, un elemento esencial del costo esperado percibido por el infractor es la magnitud de la severidad de la sentencia, la cual debe ser lo suficientemente alta para disuadir y estimular a los involucrados a delatar y cooperar.

Asimismo, ya se ha explicado que un programa de clemencia implica, por su naturaleza, una disminución de las sanciones. Por lo mismo, y tal como se ha señalado con anterioridad, un incremento legislativo de las sanciones puede ayudar a compensar su efecto negativo. Debe recordarse que el culminar un proceso por la vía de la dictación de una sentencia posee beneficios que, hasta cierto punto, se sacrifican con la instauración de mecanismos “negociados” como los de clemencia.

c) Certidumbre, predictibilidad y transparencia

El fundamento general por el cual una política de clemencia debe ser transparente, predecible y con un alto grado de certidumbre radica en que de ese modo se logra que la racionalidad de dicha política pueda estimular, también racionalmente, la estrategia de los miembros de un cartel. Sin claridad en las reglas no será posible para los infractores ponderar los costos y beneficios esperados de las diferentes opciones disponibles para ellos.

Como lo plantea Zingales (2008, p.31), si el miembro de un cartel puede efectivamente confiar en que habrá, por ejemplo, inmunidad automática, éste probablemente basará su decisión en el siguiente cálculo: evaluará la pérdida inmediata de su ganancia derivada, por ejemplo, del sobreprecio que se está cobrando por parte del cartel, así como el costo que implicará el acto de traición, unido al monto de dinero esperado que se tendrá, probablemente, que pagar en virtud de las acciones privadas por daño que se entablen en su contra. Finalmente, la opción que se tome dependerá de si los costos anteriores son preferibles o no frente a la sanción esperada y su probabilidad de que ésta le sea impuesta.

Esta necesaria claridad en las reglas de un programa de clemencia que permita ponderar con algún nivel de racionalidad las opciones disponibles ha llevado a que las autoridades de competencia emitan guías o comunicaciones detallando y precisando el proceso y las consecuencias involucradas en este tipo de mecanismos.<sup>327</sup>

---

<sup>327</sup> Ver, por ejemplo, la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión” emitida en octubre de 2009 por la FNE (Fiscalía Nacional Económica), la agencia de competencia de Chile.

La transparencia de un proceso de clemencia puede permitir, también, disminuir las aprensiones o dudas relativas al grado de igualdad o desigualdad en el trato que se dispensa a los diferentes co-infractores como a los diferentes postulantes, a través del tiempo, a este tipo de mecanismos. En este último caso, la consistencia y predictibilidad resulta de importancia.

d) Inmunidad para el primer delator, en especial cuando la agencia no ha iniciado aún una investigación

Tal como se ha explicado a lo largo de este acápite, es importante que exista diferencia en cuanto a los beneficios entre el primer delator y los demás. Uno de los pilares basales de un sistema de clemencia es la generación de un incentivo para que se genere desconfianza al interior del cartel y se produzca una “carrera” entre los co-infractores.

La diferencia en el tratamiento de los diferentes involucrados en un cartel también tiene un fundamento en la justicia, la cual exige que si ha de implementarse un programa de clemencia, éste debiera premiar y castigar según los merecimientos, es decir, según la oportunidad y grado de cooperación proporcionado. Cuando una agencia de competencia no ha dado inicio aún a una investigación puede considerarse que la delación y cooperación es más valorable, tanto desde el punto de vista funcional (efectividad) como de la justicia o merecimiento.

Hay que considerar, no obstante, que la ponderación caso a caso de los merecimientos de un postulante para acceder a inmunidad, en especial cuando se trata del primero en hacerlo, puede generar un nivel de incertidumbre que desincentive la

utilización de la clemencia como herramienta. Por ejemplo, el programa de clemencia modelo de la European Competition Network, ECN (2006), pondera el valor agregado del primer postulante al beneficio de inmunidad estableciendo la condición de que “la agencia de competencia no tenga al tiempo de la postulación suficiente evidencia para encontrar una infracción...”<sup>328</sup> Por un lado, dicho modelo resulta afín a la idea de beneficiar a quienes se lo merecen, pero, por el otro, cabe preguntarse qué seguridad puede tener el postulante de que efectivamente la autoridad de competencia no tiene suficiente evidencia.

Sin perjuicio de la conveniencia y práctica usual de reconocer la posibilidad de inmunidad para el primer postulante,<sup>329</sup> el otorgamiento de inmunidad no es, en teoría, fundamental. Esto es debido a que el margen de beneficio que pondera el infractor va a depender de la sanción que se le pueda imponer. Así, si la pena es muy severa, podría resultar atractivo el beneficio de una pena rebajada.

e) Concesión de algún tipo de beneficio no sólo cuando la agencia desconoce la existencia de un cartel, sino también cuando ésta no posee suficiente evidencia

Históricamente, la posibilidad de otorgar inmunidad, incluso después de iniciada una investigación, es una característica extraña a los primeros programas de

---

<sup>328</sup> Ver modelo tipo 1B.

<sup>329</sup> Tal como lo reporta la ICN (2009c, p.5), lo habitual es que al primer cooperador o delator se le proporcione inmunidad con el fin de incentivar la delación y de diferenciar más claramente al primero de aquellos que lo hacen con posterioridad.

clemencia.<sup>330</sup> Sin embargo, y tal como se planteó con anterioridad, uno de los mecanismos más efectivos para la obtención de evidencia es la clemencia. Podrá discutirse si conviene o no otorgar inmunidad al primero que postula luego de iniciada la investigación, pero es posible sostener que algún tipo de beneficio que incentive el acopio de evidencia es positivo que exista.

De hecho, hay que considerar que aunque se haya detectado e iniciado una investigación, la evidencia recogida por la agencia de competencia puede no ser suficientemente precisa o faltar sólo una mínima cantidad de información adicional.

f) Otorgamiento de beneficios (distintos de una inmunidad total) para los postulantes subsecuentes

Dado que la conveniencia de un programa de clemencia descansa en la posibilidad que éste le brinda a las autoridades de competencia para ahorrar tiempo y esfuerzo, y dado que los programas de clemencia funcionan principalmente en virtud de un sistema de incentivos que induce a delatar la existencia de un cartel, resulta muy importante la creación de fuertes estímulos para apurar la confesión o delación. En este sentido, el beneficiar sólo al primer delator puede colocar una gran presión en éste, quien deberá confesar lo más tempranamente posible para poder recibir el “premio” prometido por el programa de clemencia.<sup>331</sup>

No obstante, el beneficiar con una reducción de la sanción a los postulantes subsiguientes también puede

---

<sup>330</sup> Zingales (2008), p. 33.

<sup>331</sup> Zingales (2008), p. 27.

justificarse.<sup>332</sup> En primer lugar, es posible que más allá de la utilidad real y oportuna del primer delator, aún reste evidencia suficiente que recoger, aunque sea para corroborar la originada en el primer delator.<sup>333</sup> Por consiguiente, puede ser sensato, en especial en el caso de carteles numerosos, no descartar (incentivar) la ayuda que puede provenir de el o los postulantes que sigan en el tiempo al primero. En segundo lugar, es posible que los miembros de un cartel se encuentren, a medida que pasa el tiempo, menos incentivados a confesar. Esto último podría ocurrir ante la percepción y preocupación de que algún otro integrante ha dado el primer paso.<sup>334</sup>

En caso que un programa de clemencia sólo beneficie al primer postulante, podría utilizarse la vía de los acuerdos administrativos para obtener evidencia adicional a cambio de algún beneficio negociado. Desde luego, y tal como se planteó en su oportunidad, debe considerarse que si las ventajas logradas en virtud de un acuerdo negociado son muy generosas y poco proporcionadas en atención a los beneficios otorgados por

---

<sup>332</sup> La ECN (2006, p.3), en su programa de clemencia modelo, al igual, por ejemplo, que la legislación chilena, como se verá, permite una reducción de la multa de hasta en un 50%. Lo habitual es que exista algún nivel de discreción de parte de la autoridad de competencia. En el caso de la ECN (2006, p.3) se plantea que “[p]ara determinar el nivel apropiado de reducción de la multa, la autoridad de competencia deberá tomar en cuenta el tiempo en el cual la evidencia fue entregada (incluyendo si el postulante fue el primero, segundo o tercero, etc en hacerlo)” .

<sup>333</sup> La ECN (2006, p.3), en su programa de clemencia modelo, manifiesta que para calificar para una reducción de multas, un agente económico debe proporcionar a la autoridad de competencia evidencia del alegado cartel, la cual, desde el punto de vista de la autoridad de competencia, “represente un significativo valor agregado en relación a la evidencia que ya se encuentra en posesión de la autoridad de competencia al tiempo de la postulación” .

<sup>334</sup> Zingales (2008), p.27.



un programa de clemencia, la efectividad de este último instrumento puede verse afectado negativamente.

g) Exclusión en el otorgamiento de beneficios a los instigadores, a los líderes y a quienes ejercen coerción

Si se tuviera en cuenta la certidumbre que debiera existir en un sistema de clemencia, lo cual ayuda a incentivar la confesión, una inmunidad automática para el primer delator podría verse como una medida favorable.

No obstante, las legislaciones, en general, establecen restricciones acerca de quién puede beneficiarse con un programa de clemencia cuando se trata de aquellos que iniciaron el cartel (instigadores), lideraron a los otros en la operación del mismo (líderes) o ejercieron coerción para la participación y permanencia de otros en dicha agrupación coludida.<sup>335</sup> Un argumento a favor de este tipo de exclusión se basa en consideraciones de justicia. Incluso, más específicamente, podría ocurrir que el instigador, líder o quien ejerce coerción, se asegure de preservar para sí la única evidencia relevante, la cual podría utilizarla para su beneficio exclusivo (y en perjuicio de los demás) al postular en soledad a un programa de clemencia.

---

<sup>335</sup> Kloub (2009), p.8. El autor recién aludido sostiene que la exclusión para los miembros del cartel con las características anotadas suele operar cuando se trata de la obtención del beneficio de inmunidad total. En efecto, éste señala que los instigadores, líderes o aquellos que ejercen coerción no son usualmente excluidos del beneficio de inmunidad parcial. Al menos esto último es el caso del modelo de clemencia propuesto por la ECN (2006, p.3). No obstante lo manifestado por el referido autor, una legislación como la chilena, tal como se verá más adelante, excluye totalmente del otorgamiento de beneficios a aquel delator que hubiere sido el organizador de la conducta ilícita, coaccionando a los demás a participar en ella.

h) Clemencia no sólo a las empresas sino también a los individuos

En aquellas jurisdicciones en donde no sólo es posible sancionar a las empresas, sino también a los individuos, cabe preguntarse si la postulación y concesión de un beneficio a una empresa se extiende a los individuos que integran la primera y viceversa.

En varias legislaciones, cuando una compañía es la primera en postular a los beneficios de un programa de clemencia, se entiende que dichos beneficios también se extienden a los miembros de ésta que cooperan. Sin embargo, también suele establecerse que cuando es un individuo quien en forma previa ha postulado, los beneficios que pudieran otorgarse no se extienden a la empresa de la cual es parte (y por la cual no se entiende estar actuando).<sup>336</sup>

Explicando la efectividad de los incentivos involucrados en el tipo de diseño previamente mencionado, Hammond (2004, p.12) señala que “en la medida en que sus empleados estén expuestos individualmente [a ser condenados y sancionados], la compañía se encuentra expuesta a un gran riesgo. Si la compañía reporta la conducta bajo la Corporate Leniency Policy, ésta y todos sus ejecutivos que cooperen evitarán ser perseguidos criminalmente. Sin embargo, si la compañía se demora o decide no reportar, entonces ésta se coloca a sí misma en una carrera por la obtención de clemencia con sus propios empleados” .

---

<sup>336</sup> Ver a Wils (2007, p.55), quien coloca como ejemplo de este tipo de diseño a Estados Unidos, Irlanda y el Reino Unido.

A su vez, y como lo manifiesta Wils (2007, p.56), si no existiera una extensión de los beneficios de una empresa a sus ejecutivos, ésta se puede mostrar reticente a postular por clemencia ante el riesgo de perjudicar a su gente.<sup>337</sup>

i) Extensión de beneficios en caso de existir una confesión adicional respecto de otra infracción distinta

La estrategia conocida como “amnesty plus” o amnistía adicional consiste en otorgar un beneficio adicional a aquella empresa que no calificando para inmunidad total respecto de un cartel, reporta o confiesa la existencia de un segundo cartel (en un mercado distinto). En otras palabras, una compañía puede obtener una rebaja adicional de la pena en relación a un cartel si califica para inmunidad por la confesión y cooperación en relación a otro cartel en un mercado distinto.

Hay que tener presente que no es improbable que compañías que participan en un cartel lo hagan también en otro u otros. En efecto, una vez que una empresa ha traspasado la barrera legal y moral de incurrir en una ilegalidad, puede no tener la misma aprensión para repetir el mismo comportamiento reprochable. Igualmente, la experiencia ganada con la primera infracción puede facilitar intentarlo una segunda vez. Finalmente, podría argüirse que si la capacidad de pago es un factor a ser considerado en la penalización de un ilícito, empresas que participan en varios carteles debieran obtener una sanción proporcionalmente menor.<sup>338</sup>

---

<sup>337</sup> Esto ocurriría, obviamente, en el supuesto de que a dicha empresa le preocupe el bienestar de sus ejecutivos.

<sup>338</sup> Wils (2007), pp. 59-60.

Esta posibilidad de que exista más de una infracción cometida por una misma compañía hace interesante para una autoridad de competencia dirigir esfuerzos para la detección y condena de los ilícitos cometidos por un mismo infractor en mercados distintos.

Como Wils (2007, p.60) lo sostiene, habiéndose detectado un primer cartel se incrementa de manera natural la probabilidad de detectar un segundo cartel cometido por una misma compañía.<sup>339</sup> Esto puede ocurrir por la natural tendencia de una agencia a focalizar su investigación en la conducta del infractor en otros mercados y por la posibilidad de que al investigar un cartel se genere, incidentalmente, evidencia respecto de un segundo cartel.

No obstante la mayor probabilidad espontánea de que se detecte un segundo cartel al investigarse uno anterior, una autoridad de competencia debería preguntarse si conviene incrementar aún más dicha probabilidad por medio del estímulo que significa un programa de clemencia que contemple lo que se conoce como “amnesty plus” o amnistía adicional.

La respuesta a la interrogante planteada no es fácil. Por un lado, resulta innegable que una política de clemencia que contemple la posibilidad de una amnistía adicional por la revelación de la existencia de un cartel en un mercado distinto añade un estímulo para la detección de carteles. Por otro lado, sin embargo, la incorporación de un mecanismo de amnistía adicional implica una mayor rebaja en las penas, con el consiguiente efecto negativo que esto acarrea, tal como se

---

<sup>339</sup> Hammond (2004, p.13) planteaba, en su oportunidad, que más de la mitad de las investigaciones de carteles iniciadas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos tenían su origen en investigaciones llevadas a cabo en mercados completamente distintos.

ha explicado con anterioridad. Esto último resulta complejo de justificar dado el hecho de que sin la existencia de amnistía adicional igual existe una mayor probabilidad de detección de carteles cometidos por un mismo infractor en mercados distintos.<sup>340</sup>

Quizá, una forma de evitar la pérdida de poder disuasorio por la reducción en el monto de las sanciones propio de un programa de clemencia es el mecanismo denominado Sanción Plus ( “Penalty Plus” ). De acuerdo con dicho sistema, si una compañía bajo investigación participó en una segunda infracción a la libre competencia y no la reportó, si luego esa empresa es condenada por esta segunda infracción, la falta de cooperación indicada debiera considerarse como circunstancia agravante.<sup>341</sup>

j) Establecer requisitos dirigidos a obtener una completa, genuina y continua cooperación de el o los “delatores”

La obligación de cooperar con la autoridad de competencia hasta la conclusión del caso es un requerimiento común que tiene que ser cumplido por los postulantes a clemencia. Esto incluye la obligación de responder prontamente a cualquier requerimiento de la autoridad, facilitar interrogatorios a los ejecutivos de la compañía, proveer registros telefónicos, proporcionar acceso a los computadores, etc.<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> Esta posición escéptica respecto de la necesidad de contemplar una “amnesty plus” puede apreciarse en Wils (2007, pp.60-61).

<sup>341</sup> Zingales (2008), p. 40.

<sup>342</sup> Para una enumeración ilustrativa de lo que se espera en términos de cooperación puede verse el programa de clemencia modelo de la ECN (2006, p. 4).

Otra forma de cooperación (o requerimiento), en términos generales, consiste en la obligación de poner término a la actividad anticompetitiva ilícita. No obstante lo anterior, en algunas jurisdicciones se le solicita a los postulantes o beneficiarios de un programa de clemencia que éstos continúen operando en el cartel como miembros encubiertos de la autoridad de competencia.<sup>343</sup>

Más allá de los diversos tipos de requerimientos exigidos a los postulantes en un mecanismo de clemencia, deben existir parámetros de calificación lo más claros posibles.<sup>344</sup>

#### k) Protección de la confidencialidad y el anonimato

El anonimato de quien confiesa o delata permite incrementar la eficacia de la investigación y de la colaboración, en especial cuando se le solicita por parte de la autoridad de competencia continuar en el cartel como miembro encubierto. Igualmente, es posible argüir que el anonimato del delator minimiza, al menos en el muy corto plazo, la posibilidad de represalia por parte de los otros integrantes del cartel o de la empresa involucrada, tratándose de un individuo.

Asimismo, la confidencialidad de la información que se entrega exige tener debido cuidado de la información comercial sensitiva de la empresa colaboradora, lo cual, en todo caso,

---

<sup>343</sup> ICN (2009c), p.14. Contemplando este punto, el modelo tipo de programa de clemencia de la ECN (2006, pp.3-4) establece como condición el cese inmediato del involucramiento de la compañía en el cartel, “salvo que su continuo involucramiento, desde el punto de vista de la autoridad de competencia, fuera razonablemente necesario para preservar la integridad de las inspecciones realizadas por [ésta]” .

<sup>344</sup> Ver Zingales (2008), p. 41.

no constituye un requisito especial de un programa de clemencia, sino que se trata de una obligación general para la autoridad de competencia y sus funcionarios.

Finalmente, la protección de la información podría llegar a considerarse necesaria para evitar que aquella entregada por la compañía que colabora termine en manos de terceros que puedan terminar iniciando acciones civiles o en manos de otras entidades gubernamentales nacionales o extranjeras, en caso que aquello se estime algo valorable.<sup>345</sup>

1) Establecimiento de un sistema de orden de llegada en el proceso de postulación

Un sistema de orden de llegada ( “marker system” ) en un programa de clemencia es un medio para que una empresa postulante reserve su lugar en aquella lista en la que estarán los otros postulantes interesados en obtener beneficios. Debe recordarse que lo usual es que los beneficios sean mayores o menores según su posición en la lista (los primeros obtienen mayores beneficios que los que les siguen).

El sentido de que pueda reservarse un lugar radica en que el perfeccionamiento de la aplicación puede tomar un tiempo. En efecto, el postulante para ser elegido como beneficiario debe prestar declaraciones aportar antecedentes que deben ser evaluados.<sup>346</sup>

---

<sup>345</sup> Ver el documento de la ICN (2009c, p.9) y a Kloub (2009, p.10).

<sup>346</sup> Ver ICN (2009c, p.7) y Kloub (2009, p.10).

11) En caso de ser aplicable, estimular la utilización de mecanismos de clemencia en otras jurisdicciones

Como lo sintetiza Wils (2007, p.59), “los carteles internacionales pueden estar sujetos a la imposición de sanciones en múltiples jurisdicciones. Esto hace surgir la pregunta acerca de cómo este hecho puede impactar la efectividad de un programa de clemencia”.

Podría argüirse, bajo cierta perspectiva, que el involucramiento de diferentes jurisdicciones y, por lo tanto, de diferentes sistemas legales, podría disuadir la confesión de algunos miembros de carteles debido a que éstos podrían temer no recibir el mismo tratamiento.<sup>347</sup>

Desde una perspectiva más positiva, podría sostenerse que si una compañía que busca inmunidad u otro beneficio propio de un programa de clemencia también puede obtenerlos en otras jurisdicciones, la efectividad de la política de clemencia puede incrementarse. En efecto, al postular de manera simultánea o casi simultánea en diferentes jurisdicciones, será posible que se multipliquen los beneficios disponibles para la compañía que es miembro de un cartel internacional.<sup>348</sup>

Es por lo anterior que algunas jurisdicciones, como lo explica la ICN (2009c, p.9), tienen la práctica de sugerir que los postulantes se aproximen a otras jurisdicciones buscando clemencia. La razón de lo anterior radica en que, a pesar que la información que se entrega se hace sobre una base de confidencialidad, las investigaciones subsecuentes y la actuación de las cortes terminarán haciendo pública la conducta supuestamente constitutiva de infracción.

---

<sup>347</sup> Zingales (2008), p.22.

<sup>348</sup> Wils (2007), p.59.



Adicionalmente, cuando se postula simultáneamente en múltiples jurisdicciones, las autoridades de competencia de éstas pueden adoptar medidas para que se comparta información entre ellas, evitando que la empresa postulante tenga que duplicar esfuerzos y, al mismo tiempo, permitiendo que la agencia pertinente pueda ahorrar recursos y tiempo.

m) ¿Premios o beneficios financieros?

La introducción de premios o beneficios financieros a favor de quien confiesa o delata o, en general, coopera, puede constituir un interesante complemento a un programa de clemencia que pueda brindar inmunidad o rebaja de penas. En efecto, estímulos monetarios que sean lo suficientemente grandes pueden incrementar el incentivo a cooperar por parte de los miembros de un cartel o de sus ejecutivos. Adicionalmente, la existencia de un sistema de beneficios financieros puede elevar los incentivos para las compañías o individuos vinculados a éstas de mantener información y evidencia con el fin de, en caso de encontrarlo ventajoso, dada las circunstancias, hacer uso de la inmunidad o rebaja de penas, así como, eventualmente, de los premios a los cuales se podría acceder.<sup>349</sup>

Hay que tener presente, sin embargo, que un sistema de premios como el indicado puede incrementar el riesgo de efectos negativos ya explicados. A modo ilustrativo, una política de premios implica no sólo una pérdida en el efecto disuasorio de las sanciones, sino también eleva la preocupación por la moral, la justicia y la igualdad de trato.

---

<sup>349</sup> Ver a Aubert, Rey y Kovacic (2006), p.1266.

Finalmente, cabe considerar la posibilidad de otorgar beneficios financieros a informantes no vinculados con la infracción que se intenta detectar y condenar. Indudablemente, este tipo de incentivo puede incrementar la obtención de evidencia proveniente de una fuente diversa, tal como lo es aquella que tiene su origen en terceros. No obstante, y sin que se alcance el grado de objeción existente para programas de clemencia, un mecanismo como el indicado puede estimular un sentido de revancha que atenta en contra del sentido y deber cívico que debiera animar a la ciudadanía.<sup>350</sup>

n) Campañas de educación y difusión para estimular la utilización por los agentes económicos de este tipo de mecanismos

La experiencia internacional, como lo señala la ICN (2009, p.14), a quien seguimos en este acápite, ha mostrado que uno de los elementos más importantes para el establecimiento de un programa de clemencia exitoso es la educación y conciencia que pueda desarrollar una agencia de competencia sobre la libre competencia en general, sobre la existencia de penas severas y sobre la operatividad de programas de clemencia.

Internet es una herramienta ampliamente utilizada y muchas jurisdicciones publican sus programas de clemencia en sus sitios web. Para lograr que un programa de clemencia sea más accesible, algunas agencias también publican documentación adicional tales como guías o comunicaciones y /o una sección relativa a preguntas frecuentes sobre el programa de clemencia

---

<sup>350</sup> Wils (2007), p.63.

de que se trate. Algunas jurisdicciones emiten publicidad televisiva, la cual también es subida a los sitios web respectivos.

La existencia de un proceso de consulta previa con ocasión del lanzamiento o revisión de un programa de clemencia también puede ser usado como método para llamar la atención y promover el diálogo sobre la política de clemencia más adecuada para el país.

Finalmente, una campaña de educación y concientización a menudo incluye la publicación de artículos académicos y de presentaciones en conferencias realizadas por altos funcionarios de la autoridad de competencia.

#### **4.- Descripción comparada de algunas legislaciones iberoamericanas sobre los programas de clemencia**

Al igual que como se hizo respecto de los acuerdos administrativos, a continuación se hará un análisis comparativo de la situación legal relativa a la clemencia como instrumento de “enforcement” que presentan las siguientes legislaciones: Chile, España, Perú, Colombia y El Salvador.

##### **4.1. Chile**

Lo que se conoce como clemencia o delación compensada está regulado por el artículo 39 bis del DL N°211. Dicha norma legal, en su inciso 1º, establece que “[e]l que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3º podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que

conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables” .

Lo primero que puede dilucidarse de la norma transcrita es que para acceder a los beneficios de exención total de multa o de reducción de la misma, debe existir un reconocimiento de la ejecución de un acto colusorio.<sup>351</sup>

Como consideración preliminar adicional, cabe señalar que en un sistema bifurcado o desintegrado como el chileno, la ley se preocupó de que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fuera consistente con lo actuado en virtud de un programa de clemencia. Es por lo anterior que el inciso 5º del artículo 39 bis del DL N°211 establece la obligación para el Tribunal de respetar los beneficios de exención o reducción de multas al momento de resolver el asunto sometido a su conocimiento.

En lo que sigue, se examinará la legislación chilena sobre la materia siguiendo ciertos parámetros, lo cual permitirá, con posterioridad, realizar una comparación más precisa de algunos aspectos de interés relativo a los programas de clemencia de las legislaciones bajo estudio específico

#### a) Inmunidad para el primer delator

---

<sup>351</sup> El aludido artículo 3 a) del DL N°211 dispone que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: “a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación” .

Una característica del programa chileno de clemencia es la concesión de inmunidad para el primer delator. En efecto, el inciso 3° del artículo 39 bis del DL N°211 señala que “[p]ara acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada” .

b) Otorgamiento de beneficios incluso después del inicio de una investigación

Debe destacarse, igualmente, que es posible la obtención de beneficios incluso después de iniciada una investigación. De hecho, el artículo 39 bis no coloca ningún tipo de restricción al respecto. Basta, en general, con que se aporten antecedentes que conduzcan a la acreditación de la colusión y a la determinación de los responsables.

c) Otorgamiento de beneficios (distintos de una exención o inmunidad) para los postulantes subsecuentes

Asimismo, la legislación chilena otorga beneficios, distintos de la inmunidad total, para los postulantes subsecuentes. Como lo dispone el inciso 4° del artículo 39 bis del DL N°211, “[p]ara acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero

acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo” .<sup>352</sup>

d) Requisito de aportación de evidencia que implique un valor agregado para el otorgamiento de una reducción del importe de la multa

Para acceder a una rebaja de la multa, el inciso 4º del artículo 39 bis hace aplicable lo exigido en el inciso 2º del artículo 39 bis, el cual dispone que “[p]ara acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos: [1.] Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal;” . Es posible argumentar que la expresión “aporte efectivo” es equivalente a “valor agregado”, con lo cual se cumpliría el requisito anotado. En un sentido similar, se señala en el inciso 4º del aludido artículo que “el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía” .

e) Precisa y completa enunciación legal o reglamentaria del requisito y obligación de cooperar con la autoridad

La legislación chilena no establece una enunciación legal precisa y completa del requisito y obligación de cooperar con

---

<sup>352</sup> La misma disposición continúa estableciendo que “[e]n todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo” .

la autoridad, más allá de la obligación de proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables; de abstenerse de divulgar la solicitud de beneficios; y de poner fin a su participación en la conducta.<sup>353</sup>

f) Posibilidad de acción encubierta del delator a instancia de la autoridad

Cabe destacar que no se contempla la posibilidad de acción encubierta del delator a instancias de la autoridad. En efecto, el número 3 del inciso 2º del artículo 39 bis exige poner fin a la participación en la conducta inmediatamente después de presentada la solicitud.

g) Exclusión del otorgamiento de beneficios a los instigadores, o a los líderes o a quienes han ejercido coerción

La parte final del inciso 4º del artículo 39 bis del DL N°211 sostiene que para acceder a los beneficios, el solicitante no debió haber sido el organizador de la conducta colusoria, coaccionando a los demás a participar en él.<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> Ver artículo 39bis, inciso 2º.

<sup>354</sup> La aludida norma señala que “[s]i el Tribunal diere por acreditada la conducta, no podrá aplicar multa a quien haya sido individualizado como acreedor de una exención, como tampoco una multa mayor a la solicitada por el Fiscal a quien haya sido individualizado como acreedor de una reducción de la misma, salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella”.

h) Extensión de los beneficios de la clemencia a los individuos parte de la empresa

Nada se dice en la legislación chilena sobre la posibilidad de otorgar beneficios a los individuos que dirigen o trabajan en aquellas compañías que cometen la infracción anticompetitiva ya mencionada.

i) Amnistía adicional

No está reconocida legalmente la posibilidad de una amnistía adicional o “amnesty plus” .

#### 4.2. España

La legislación española se caracteriza, en términos generales, por ser muy clara y pormenorizada, lo cual resulta particularmente evidente ante la existencia de una normativa reglamentaria. A continuación, se describirá, en lo más relevante, la regulación legal y reglamentaria española sobre la base de ciertos criterios extraídos, principalmente, del acápite 3 analizado previamente.

a) Inmunidad para el primer delator

El artículo 65.1 de la Ley de Defensa de la Competencia de España establece la posibilidad de inmunidad o exención del pago de la multa. Dicho beneficio es reservado para la primera empresa o persona física en aportar elementos de prueba.



b) Otorgamiento de beneficios incluso después del inicio de una investigación

Como es esperable, el premio de inmunidad o exención se aplica, sin perjuicio de ciertas condiciones, para “la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma” .<sup>355</sup>

Lo que resulta importante es lo indicado en el artículo 6.1 b), de la mencionada ley, el cual dispone que la empresa o persona física debe ser “la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Comisión Nacional de la Competencia no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa o persona física en virtud de lo establecido en la letra a)” .

c) Otorgamiento de beneficios (distintos de una exención o inmunidad) para los postulantes subsecuentes

Este elemento en el diseño de un programa de clemencia está reconocido y desarrollado por el artículo 66 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, el cual habla de la reducción en el importe de la multa a aquellas empresas o

---

<sup>355</sup> Artículo 65.1 a) de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

personas físicas que no sean los primeros en aportar elementos de prueba.

La aludida ley es bastante clara en el nivel de reducción en el importe de la multa, estableciendo reglas según el orden de llegada o postulación. En efecto, el artículo 66.2 establece que “a) La primera empresa o persona física que cumpla lo establecido en el apartado anterior, podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por ciento. [b)] La segunda empresa o persona física podrá beneficiarse de una reducción de entre el 20 y 30 por ciento. [c)] Las sucesivas empresas o personas físicas podrán beneficiarse de una reducción de hasta el 20 por ciento del importe de la multa” .

d) Requisito de aportación de evidencia que implique un valor agregado para el otorgamiento de una reducción del importe de la multa

Siguiendo, probablemente, el programa de clemencia modelo de la European Competition Network, se establece para la obtención de una reducción en el importe de la multa a aquellos cooperadores subsecuentes el requisito de que “a) faciliten elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la Comisión Nacional de la Competencia” .

De acuerdo al artículo 49.2 del Reglamento, “[s]e entenderá que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza, ya por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la

Comisión Nacional de la Competencia de probar los hechos de que se trate” .

e) Precisa y completa enunciación legal o reglamentaria del requisito y obligación de cooperar con la autoridad

El artículo 65.2 de la Ley menciona el requisito de “a) Cooperar plena, continua y diligentemente con la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos en que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación” . A su vez, el artículo 52 del Reglamento de la Ley establece el “[d]eber de cooperación de los solicitantes de exención o de reducción del importe de la multa” .

Según el Reglamento, se entiende que existe una cooperación plena, continua y diligente con la Comisión Nacional de la Competencia cuando, a lo largo de todo el procedimiento, cumpla con los siguientes requisitos:

“a) Facilite sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición.

b) Quede a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos.

c) Facilite a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores.

d) Se abstenga de divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación” .

f) Posibilidad de acción encubierta del delator a instancia de la autoridad

Al igual que la generalidad de las legislaciones, uno de los requisitos exigidos consiste en poner fin a su participación en la presunta infracción.<sup>356</sup>

La singularidad, al menos en relación con la legislación chilena, radica en que existe la posibilidad de acción encubierta del cooperador a instancia de la autoridad. La segunda parte del artículo 65.2 b) señala que el requisito de poner fin a la participación del postulante en el hecho presuntamente punible no se aplica “en aquellos supuestos en los que la Comisión Nacional de la Competencia estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección” .

g) Exclusión del otorgamiento de beneficios a los instigadores, o a los líderes o a quienes han ejercido coerción

La legislación española establece un sistema de exclusión limitado. En efecto, no excluye a los instigadores u

---

<sup>356</sup> Ver artículo 65.2 b) de la ley española.

organizadores del cartel. De hecho, el artículo 65.2 d) señala únicamente que para que se conceda la exención prevista en el apartado anterior, el postulante deberá “[n]o haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción” .

Como es posible apreciar de la regulación española, ésta optó por maximizar el atractivo del programa de clemencia para los agentes económicos, a costa de la valorización de consideraciones de justicia involucrados en este tipo de exigencias.

h) Extensión de los beneficios de la clemencia a los individuos parte de la empresa

Una de las disposiciones de mayor interés consiste en la extensión de los beneficios concedidos a una empresa “a sus representantes legales, o a las personas integrantes de los órganos directivos y que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la Comisión Nacional de la Competencia” .<sup>357</sup>

i) Amnistía adicional

Como ya se manifestara con anterioridad, la amnistía adicional (o “amnesty plus” ) es un incentivo consistente en otorgar un beneficio adicional a aquella empresa que no calificando para exención reporta o confiesa la existencia de un segundo cartel en un mercado distinto.

---

<sup>357</sup> Ver los artículos 65.3 y 66.4 de la Ley de Defensa de la Competencia de España.

La legislación española, la cual cuenta con un diseño atractivo para la postulación a un programa de clemencia por parte de las empresas participantes de un cartel, no contempla, sin embargo, la posibilidad de amnistía adicional.

#### 4.3. Perú

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú del año 2008 reconoce en su artículo 26 un programa de clemencia bastante escueto en cuanto a su regulación normativa. Siguiendo la sistematización utilizada previamente, se procederá a realizar una disección de aludida norma legal.

##### a) Inmunidad para el primer delator

El artículo 26.3 de la ley peruana es clara al señalar que “[s]i son varios los agentes económicos que solicitan la exoneración, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración” .

##### b) Otorgamiento de beneficios incluso después del inicio de una investigación

En una disposición muy general, el artículo 26.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú manifiesta que “cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría Técnica que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal” . Como se desprende de la

disposición recién transcrita, no es requisito que la investigación aún no haya comenzado para hacer aplicable los beneficios del programa de clemencia, en especial para aquellos que solicitan la exención de multas.

c) Otorgamiento de beneficios (distintos de una exención o inmunidad) para los postulantes subsecuentes

La posibilidad de conceder el beneficio de rebaja de la multa es admitida expresamente en el artículo 26.3 de la Ley. En efecto, dicho artículo dispone, luego de referirse al beneficio de exoneración, que “[o]tros agentes económicos que aporten información relevante podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad” .

d) Requisito de aportación de evidencia que implique un valor agregado para el otorgamiento de una reducción del importe de la multa

La disposición recién citada en el apartado previo señala la necesidad de aportar información relevante que sea distinta de aquella que posee la autoridad de competencia. Por consiguiente, es posible sostener que la legislación peruana exige, aunque de manera bastante imprecisa, que la aportación de evidencia implique un valor agregado para el otorgamiento de una reducción del importe de la multa.

En lo que se refiere al estándar para el otorgamiento de una exoneración de la sanción, cabe destacar que éste es

bastante genérico e impreciso y que demuestra el alto margen de discrecionalidad de que goza la autoridad de competencia. En efecto, el artículo 26.1 exige “aportar pruebas que ayuden a identificar y acreditar la existencia de una práctica ilegal. De estimarse que los elementos de prueba ofrecidos son determinantes para sancionar a los responsables, la Secretaría Técnica podrá proponer, y la Comisión aceptar, la aprobación del ofrecimiento efectuado. Para ello la Secretaría Técnica cuenta con todas las facultades de negociación que fuesen necesarias para establecer los términos del ofrecimiento” .

La última parte de la disposición legal recién transcrita es sintomática de la naturaleza negociable de los programas de clemencia como estrategia para ejecutar y hacer cumplir una legislación de libre competencia.

e) Precisa y completa enunciación legal o reglamentaria del requisito y obligación de cooperar con la autoridad

Del análisis de la legislación peruana es posible sostener que no existe una precisa ni completa enunciación de la obligación de cooperación con la autoridad. De hecho, no existe norma alguna que se refiera a ello. Sólo implícitamente y según si así se negociara con la autoridad, existiría un requisito y obligación como la indicada.

f) Posibilidad de acción encubierta del delator a instancia de la autoridad

La legislación peruana no menciona tal posibilidad. Tal como se manifestara en el apartado previo, sólo una



negociación entre la autoridad y el postulante podría dar lugar a la posibilidad de acción encubierta del segundo por petición del primero.

g) Exclusión del otorgamiento de beneficios a los instigadores, o a los líderes o a quienes han ejercido coerción

No existe ningún tipo de exclusión por parte de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú sobre el particular.

h) Extensión de los beneficios de la clemencia a los individuos parte de la empresa

Esta materia no se encuentra regulada en la ley peruana.

i) Amnistía adicional

No está reconocida la posibilidad de amnistía adicional.

#### 4.4. Colombia

Ley 1.340 de 2009 de Colombia es mucho menos detallada que la Ley de Defensa de la Libre Competencia de España e, incluso, que la ley chilena. La regulación colombiana presenta una escasa densidad normativa,<sup>358</sup> resultando parecida, a este respecto, a la legislación peruana. A continuación se

---

<sup>358</sup> La posibilidad de clemencia está regulada en un solo artículo: el 14, referido a los “Beneficios por Colaboración con la Autoridad”.

efectuará un análisis descriptivo de la legislación colombiana en base a los mismos criterios utilizados con anterioridad.

a) Inmunidad para el primer delator

El artículo 14.1 de la ley colombiana reconoce la posibilidad de exoneración total de la multa. Lo que resulta curioso, sin embargo, es que la Ley no exige como requisito que quien obtenga la exención sea el primer postulante o delator.

b) Otorgamiento de beneficios incluso después del inicio de una investigación

La ley colombiana establece la posibilidad de obtener beneficios derivados de un programa de clemencia incluso después del inicio de una investigación. En efecto, tal interpretación se sustenta en lo manifestado en el primer inciso del artículo 14 de la Ley, el cual señala que “[1]a Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios (...) aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación” .

c) Otorgamiento de beneficios (distintos de una exención o inmunidad) para los postulantes subsecuentes

Lo primero que cabe, nuevamente, destacar, es la ausencia de distinción entre el primer postulante y aquellos subsecuentes. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 14.2.b. de la ley colombiana señala que la obtención de beneficios dependerá, entre otras cosas, de la oportunidad en

que las autoridades reciban la colaboración. Teniendo lo anterior en consideración, es posible colegir que sí existe la posibilidad de otorgamiento de beneficios para postulantes que no sean los primeros en colaborar, los que bien podrían consistir en una exoneración parcial de la multa.<sup>359</sup>

d) Requisito de aportación de evidencia que implique un valor agregado para el otorgamiento de una reducción del importe de la multa

La legislación colombiana no exige explícitamente que para obtener una reducción de la multa se tenga que observar el estándar del valor agregado o añadido de la evidencia aportada, aunque es posible colegir que así puede interpretarse.

Al igual que la legislación peruana, la ley colombiana le otorga a la autoridad de competencia un campo no menor de discrecionalidad para evaluar la procedencia y alcance de los beneficios. En efecto, el artículo 14.2 señala que “[l]a Superintendencia de Industria y Comercio establecerá si hay lugar a la obtención de beneficios y los determinará en función de la calidad y utilidad de la información que se suministre, teniendo en cuenta los siguientes factores: “a. La eficacia de la colaboración en el esclarecimiento de los hechos y en la represión de las conductas, entendiéndose por colaboración con las autoridades el suministro de información y de pruebas que permitan establecer la existencia, modalidad, duración y efectos de la conducta, así como la identidad de los responsables, su grado de participación y el beneficio

---

<sup>359</sup> El artículo 14.1 dispone que “[l]os beneficios podrán incluir la exoneración total o parcial de la multa que le sería impuesta”.

obtenido con la conducta ilegal”. Lo recién dispuesto se complementa con lo ya señalado en el artículo 14.2.b., el cual agrega como factor a tomar en cuenta “b. La oportunidad en que las autoridades reciban la colaboración”.

e) Precisa y completa enunciación legal o reglamentaria del requisito y obligación de cooperar con la autoridad

La legislación colombiana no establece una enunciación legal precisa y completa del requisito y obligación de cooperar con la autoridad. No obstante, sí es posible, en términos generales, concluir que la colaboración con la autoridad es necesaria. No en vano el artículo 14.2.a., ya citado, se refiere a la “eficacia de la colaboración” entendiéndose por tal el suministro de información y de pruebas.

f) Posibilidad de acción encubierta del delator a instancia de la autoridad

La ley colombiana no reconoce explícitamente la posibilidad de acción encubierta del delator a instancia de la autoridad. No obstante, la normativa es tan general que bien podría interpretarse que la obligación de colaboración podría incluir la acción encubierta aludida.

g) Exclusión del otorgamiento de beneficios a los instigadores, o a los líderes o a quienes han ejercido coerción

La ley colombiana sólo excluye a los instigadores, mas no a los que han ejercido coerción. En efecto, el artículo 14.1. dispone que “[n]o podrá acceder a los beneficios el instigador o promotor de la conducta” .

h) Extensión de los beneficios de la clemencia a los individuos parte de la empresa

No se encuentra reconocida legalmente la posibilidad de extensión de los beneficios de la clemencia a los individuos que son parte de la empresa infractora.

i) Amnistía adicional

Esta materia no se encuentra legalmente reconocida por la Ley 1340 de 2009.

#### 4.5. El Salvador

El artículo 39 de La Ley de Competencia de El Salvador (Decreto N°528 de 2004) y los artículos 57 a 59 del Reglamento de la Ley de Competencia (Decreto N°126 de 2008) son las normas que regulan lo que podría asemejarse a un programa de clemencia, que, en estricto rigor, no es tal.

El inciso segundo del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que “[c]ualquier agente económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica anticompetitiva entre competidores podrá reconocerla ante el Superintendente, quien verificará, entre ellos, el cumplimiento de los requisitos siguientes: [a)] Sea el

primero, entre los agentes económicos involucrados en la conducta y aporte los elementos de convicción suficientes que obren en su poder y de los que pueda disponer y que a juicio del Superintendente permitan comprobar la existencia de la práctica y la participación del resto de los agentes económicos; [b)] Coopere en forma plena y continua con la Superintendencia en la sustanciación de la investigación que lleve a cabo; [c)] Realice las acciones necesarias para determinar su participación en la práctica violatoria de la Ley” .

Como puede apreciarse de la norma recién transcrita, existe una regulación semejante, parcialmente, a lo que podría ser un programa de clemencia. La gran diferencia radica en que no existe beneficio de exención o rebaja de multas. Esta circunstancia hace que no pueda considerarse que la legislación salvadoreña contempla un programa de clemencia propiamente tal.

#### 4.6. Síntesis comparativa

Teniendo en consideración las descripciones realizadas, se presenta, a continuación, un cuadro comparativo que sintetiza el grado de presencia de diferentes factores en las legislaciones de Chile, España, Perú y Colombia. Ciertamente es que, salvo el caso de El Salvador, todas las legislaciones estudiadas cuentan con los elementos esenciales para que un programa de clemencia pueda funcionar con algún grado de eficacia. No obstante, y como se apreciará, es la legislación española la más completa y, si nos ceñimos a todo lo analizado sobre los programas de clemencia, la que tiene el mejor diseño normativo.

Cuadro N°7: Regulación de los programas de clemencia en algunas jurisdicciones iberoamericanas

	Chile	España	Perú	Colombia	El Salv.
Densidad normativa	+–	+	–	–	n/a
Inmunidad para el primer delator	+	+	+	+	n/a
Concesión de beneficios incluso después de la existencia de una investigación	+	+	+	+	n/a
Otorgamiento de beneficios (distintos de una inmunidad total) para los postulantes subsecuentes	+	+	+	+–	n/a
Requisito de aportación de evidencia que implique un valor agregado para el otorgamiento de una reducción del importe de la multa	+–	+	+–	+–	n/a
Precisa y completa enunciación legal o reglamentaria del requisito y obligación de cooperar con la autoridad	–	+	–	–	n/a
Posibilidad de acción encubierta del delator a instancia de la autoridad	–	+	+–	+–	n/a
Exclusión en el otorgamiento de beneficios a los instigadores, a los líderes y a quienes ejercen coerción	+	+	–	+–	n/a
Extensión de los beneficios de la clemencia a los individuos parte de la empresa	–	+	–	–	n/a
Amnistía adicional	–	–	–	–	n/a

Fuente: elaboración propia





## CAPÍTULO 8

### ESTRATEGIAS Y HERRAMIENTAS SANCIONATORIAS

¿Cuál es la posición e importancia de las sanciones en la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia? ¿Cuáles son las opciones disponibles? ¿Qué tensiones o disyuntivas se presentan? Éstas son las interrogantes principales del presente capítulo.

En los capítulos anteriores se hizo un estudio del diseño de estrategias de promoción y negociación para la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia. En el capítulo actual, se analizará, desde diferentes perspectivas, la más dura de las estrategias de “enforcement”, esto es, la sancionatoria.

Una estrategia sancionatoria es particularmente adecuada para enfrentar a aquellos agentes económicos racionales que estarán dispuestos a observar o infringir la ley según los costos y beneficios esperados que deriven de cada alternativa. De todos los instrumentos dirigidos a lograr la observancia o cumplimiento de una ley, en este caso, de una que defienda la libre competencia, la aplicación de sanciones es la que brinda los incentivos más fuertes para compeler a compañías e individuos a observar las normas de libre competencia.

Como se ha manifestado previamente, el análisis de este capítulo se efectuará tratando diferentes aspectos de la aludida estrategia. Es así como, en primer lugar, se hará referencia, en forma breve, a la posición e incidencia de las sanciones en la observancia de una legislación de libre competencia. En otras palabras, se distinguirá la posición de

las sanciones como uno de varios instrumentos en el logro de un adecuado “enforcement” .

En segundo lugar, se explicará la estrategia sancionatoria bajo el modelo de interés público de disuasión óptima.

En tercer lugar, se analizará la función disuasoria de las sanciones, las matizaciones propias de un enfoque retributivo y la búsqueda del diseño óptimo. Esto último se realizará desde una perspectiva fundamentalmente económica.

En cuarto lugar, se examinarán las virtudes, debilidades y opciones de diseño del tipo de sanción más habitual en el ámbito de la libre competencia: las sanciones pecuniarias o monetarias, entre las cuales cabe destacar la sanción de multa.

En quinto lugar, se estudiarán algunos tipos de sanciones no pecuniarias. Así, pues, se analizarán las sanciones de descalificación y disolución, relacionadas con la función de incapacitación del infractor, para, posteriormente, tratar la sanción de publicación y registro de la condena.

En sexto lugar, se abordará el tema de las sanciones a los individuos y la pena de prisión.

Y, en séptimo lugar, se hará una somera revisión de los aspectos más importantes de las acciones y sanciones privadas.

## **1.- Posición e incidencia de las sanciones en la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia**

Son múltiples los factores que inciden para el logro de una eficiente ejecución y un efectivo cumplimiento de un marco

normativo de libre competencia. El buen diseño y aplicación de sanciones es sólo uno de los elementos que entran en juego para alcanzar el fin aludido. Es decir, el diseño y aplicación de una estrategia sancionatoria tiene efectivamente incidencia (y quizá no menor) en el éxito de un sistema de libre competencia, pero esta incidencia es compartida por la presencia de muchos otros factores. A continuación, se describirá la posición de las sanciones entre los distintos factores que influyen para una correcta ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia.

De lo más general a lo más específico, es posible identificar, primeramente, la influencia del entorno global en el cual ha de implementarse una legislación de libre competencia. En efecto, lo que puede denominarse como “cultura de la competencia” es un factor de importancia en el cual las ideas o ideología y los intereses de los diversos actores juegan un papel central. Las ideas y los intereses actúan, a su vez, dentro de un contexto institucional y cultural global, el cual puede encauzar para bien o para mal el desarrollo de una política de competencia en un determinado país.

En seguida, es importante mencionar el diseño y capacidad institucional específico en el ámbito de la libre competencia. Por de pronto, la posición que tenga la autoridad de competencia en la estructura administrativa superior del Estado no es inocua. Por ejemplo, el grado de independencia que posea la agencia de competencia tiene influencia en la posibilidad de plasmar de mejor manera el necesario conocimiento técnico que debiera existir para la eficiente ejecución y eficaz cumplimiento de la legislación de libre competencia de que se trate. Evidentemente, para el logro de un actuar autónomo el presupuesto con que se cuente es clave.

De hecho, no sólo se requerirá una buena infraestructura física, sino también contar con personal calificado en número suficiente.

Igualmente, dentro los aspectos institucionales, debe señalarse que la estructura y gestión organizacional interna importa y mucho. En efecto, el diseño institucional de toma de decisiones y la gestión organizacional interna de la institución es clave para la eficiencia y eficacia de la misma. Al respecto destacan elementos como el manejo de los recursos humanos, la existencia de una planificación estratégica, de una política de priorización, y de instancias de evaluación.

Asimismo, un organismo de libre competencia tiene que abordar, a nivel de diseño y práctica, los desafíos de interrelaciones no siempre fáciles con otras entidades reguladoras sectoriales, lo cual, nuevamente, marcará, en algún grado, sus posibilidades de arribar a buenos resultados y de una buena forma.

Más allá de la importancia del entorno y de la institucionalidad de libre competencia, resulta fundamental definir estrategias y contar con instrumentos bien diseñados y aplicados. En este sentido, resulta esencial distinguir bien el tipo y actuar del regulado, lo cual puede permitir ir combinando diferentes estrategias: las de promoción, de negociación y de disuasión o sanción. Se trata de estrategias diferentes, pero complementarias. Precisamente, es en la última de las tres estrategias indicadas en donde se posicionan las sanciones.

Incluso más, el diseño de las normas cuya observancia se busca, y que será tratado en un capítulo más adelante, también tiene relevancia para el logro de un adecuado funcionamiento

de un sistema de libre competencia. Por ejemplo, el nivel de claridad y el grado de precisión de los estándares o normas específicas que componen la regulación tienen incidencia en el cumplimiento y observancia de la misma. De hecho, ya se ha explicado que una regulación puede incumplirse debido a la ausencia de comprensión de la misma o a la inhabilidad e incapacidad de los regulados.

Siguiendo con la perspectiva recién aludida, las sanciones, para lo cual su diseño como su aplicación importa,<sup>360</sup> atacan básicamente aquellos casos de incumplimiento debido a la falta de disposición del grupo objetivo a cumplir con la regulación.<sup>361</sup>

Finalmente, hay que tener presente que cuando se alude a la existencia de un adecuado sistema de libre competencia, la eficacia y eficiencia no son los únicos criterios, valores o parámetros en juego. En la identificación de un “buen” sistema regulatorio confluyen muchos valores deseables que no necesariamente son compatibles entre sí. Por ejemplo, respecto de las sanciones, la función disuasoria dice relación con el valor de la eficacia, mientras la función retributiva está vinculada con el valor de la proporcionalidad y, en último término, de la justicia.

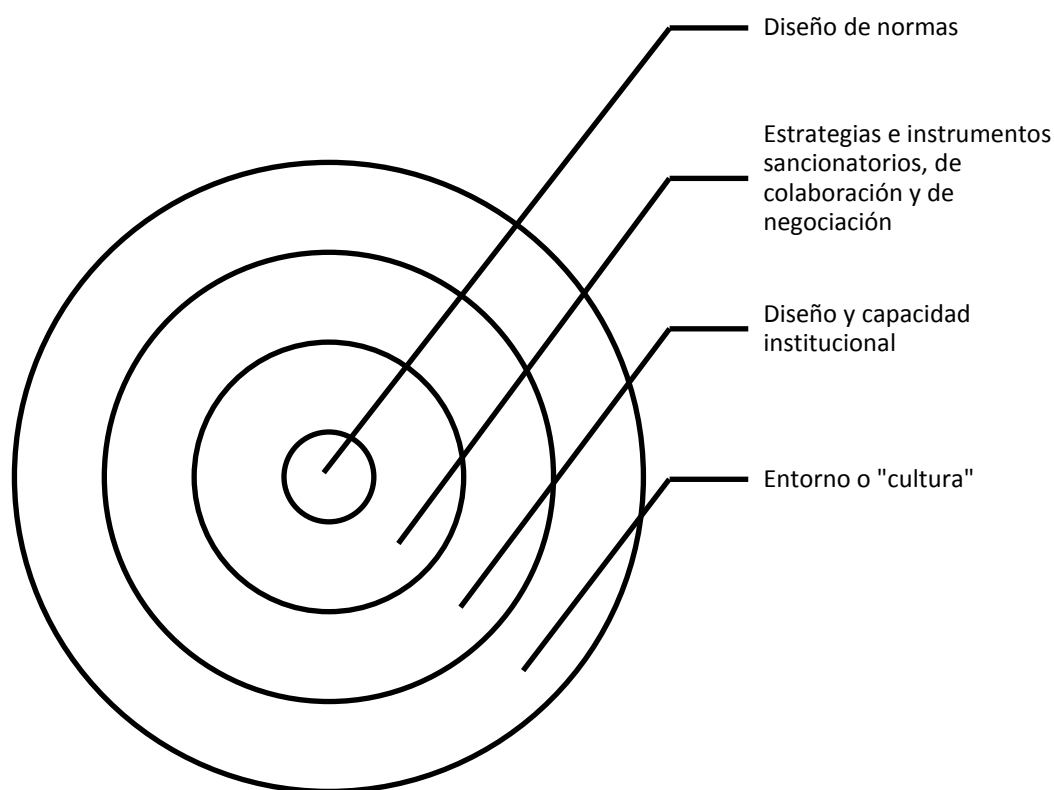
A continuación se ilustrará la posición de las sanciones dentro de los múltiples factores incidentes en la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia:

---

<sup>360</sup> Hoj (2007, pp.13 y ss.), construye un índice de política y derecho de la competencia con el fin de generar comparaciones empíricas, distinguiendo, entre múltiples factores, las sanciones potenciales y las aplicadas en la realidad por cada país.

<sup>361</sup> En este trabajo se ha aludido al término “falla disuasiva” para indicar aquel factor específico que puede incidir en el incumplimiento de una regulación.

Figura N°9: Factores generales con incidencia para una adecuada ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia.



Fuente: elaboración propia.

## 2.- La estrategia sancionatoria y el modelo de interés público de disuasión óptima

Antes de profundizar específicamente en las sanciones en el ámbito de la libre competencia y la búsqueda de lo óptimo, puede resultar conveniente mostrar cómo se insertan las sanciones en los esfuerzos por hacer cumplir las normas regulatorias, entre las cuales caben aquellas de libre competencia.

La base teórica de una estrategia sancionatoria descansa en lo que Ogus (1994, pp.90-92) denomina modelo de interés público de disuasión óptima.

Teniendo como base la síntesis que proporciona el trabajo del mencionado autor, se parte de la idea, propia de la teoría del interés público de la regulación (a la cual se ha hecho referencia en un capítulo anterior), de que el objetivo instrumental de una entidad regulatoria (y, entiéndase también, fiscalizadora) es minimizar el daño resultante de una infracción regulatoria al menor costo posible. Reformulando el aserto de acuerdo a la presente tesis, el objetivo de una agencia reguladora, en consideración a valores como la eficacia y eficiencia, es lograr la observancia de la norma misma al menor costo posible,<sup>362</sup> entendiendo que lo óptimo no es el cumplimiento pleno de la norma por todos los regulados. Lo anterior, bajo la lógica expuesta, se explica porque el costo de lograr un nivel de observancia perfecta invariablemente contrarrestará los beneficios, sin perjuicio que tal objetivo no es posible llevarlo a la práctica.<sup>363</sup>

En gran parte de la literatura económica, lo óptimo supone racionalidad de parte de los reguladores como, también,

---

<sup>362</sup> En esta tesis el acento no se ha puesto en la consecuencia en el mercado de una infracción, es decir, por ejemplo, en si la infracción ocasionó o no un daño o de si el resultado fue eficiente o ineficiente. En donde se ha hecho hincapié es en la observancia de la norma misma.

<sup>363</sup> Sobre lo impracticable y económicamente indeseable del objetivo del cumplimiento o disuasión perfecta, ver, por ejemplo, a Becker (1968). De hecho, Becker (1968, p.170) formuló la siguiente pregunta: “¿Cuántos recursos y cuánto castigo debería usarse para aplicar diferentes tipos de legislación? Expresado en forma equivalente ¿cuántos delitos deberían permitirse y cuántos criminales deberían dejar de ser castigados?”.

de los regulados.<sup>364</sup> Los agentes económicos (término con que se identifica a los regulados en el ámbito de la libre competencia) cumplirán con la ley (en sentido amplio) sólo si los costos que se espera deriven de la comisión de una infracción exceden sus beneficios esperados.<sup>365</sup> Esto puede expresarse de una manera distinta. Así, utilizando la nomenclatura de Ogus (1994, p.91), los agentes económicos cumplirán con la ley cuando  $pD > U$ . Para efecto de lo anterior, se entiende por “p” la probabilidad percibida de aprehensión y condena, por “D” los costos en que se percibe se incurrirá como resultado de la aprehensión y condena, y “U” los beneficios que acarrearía el cometer la infracción. Más específicamente, “D” incluye, como el factor más importante, “F”, es decir, la multa a ser pagada (o el equivalente monetario de otro tipo de sanción).<sup>366</sup> También “D” incluye “L”, lo cual corresponde a las pérdidas comerciales causadas por la publicidad negativa. Finalmente, y asumiendo que estos modelos son simplificaciones de la realidad, está, también, el factor “M”, correspondiente a los costos asociados a la defensa administrativa y/o judicial.

A su vez, el organismo regulatorio debiera gastar recursos en hacer cumplir la legislación hasta un monto donde los costos marginales (“MC”) de esos recursos sean aproximadamente iguales al beneficio marginal (“MB”) que se

---

<sup>364</sup> La relativamente nueva corriente conocida como “Behavioral Economics” subraya aquellos aspectos no racionales del comportamiento humano.

<sup>365</sup> Como lo manifiesta Becker (1968, p.176), “[a]lgunas personas, entonces, se convierten en ‘criminales’ no porque su motivación básica difiera de las de otras personas, sino porque lo hacen sus costos y beneficios”.

<sup>366</sup> Téngase presente que en el ámbito de la libre competencia la multa es la sanción más habitual. Sólo a modo ilustrativo, véase el caso de la Unión Europea.



deriva de tales gastos, entendiendo por beneficio una reducción en el número y gravedad de las infracciones. En este caso, “MC” no solamente incluye los costos de monitoreo y persecución sancionatoria en que tiene que incurrir la agencia reguladora, sino, también, el costo que todo esto tiene para los agentes económicos, los cuales, en muchos casos, tendrán que cambiar su comportamiento para cumplir con la ley.

Siguiendo con la explicación del Modelo, y tal como ya se adelantó, dos son las variables que determinan el impacto disuasorio de los costos incurridos en que la ley se cumpla: “p” (la probabilidad percibida de aprehensión y condena) y “D” (los costos para los agentes económicos que derivan de una aprehensión y condena). En el caso de la variable “D”, es posible sostener que ésta escapa total o parcialmente al control de la agencia reguladora, debido a que “F” se determina tanto por el legislador, como por el juez encargado de aplicarla al caso concreto.<sup>367</sup> Por otra parte, “p” es una consecuencia de cómo la entidad reguladora despliega sus recursos considerando su restricción presupuestaria.

Como lo sugiere Ogus (1994, p.91), “el modelo de disuasión óptima sugiere cómo una agencia debería formular su política en relación a los problemas [que plantea una] estrategia de ‘enforcement’, eligiendo, por ejemplo, entre monitorear ocasionalmente a todas las compañías y monitorear intensivamente a las compañías sospechosas de cometer infracciones, y entre perseguir sistemáticamente a todos los infractores conocidos y hacerlo meramente con los más recalcitrantes”.

---

<sup>367</sup> Si la agencia reguladora estuviera revestida de la potestad para sancionar, alguna incidencia podría ésta tener sobre la variable “D”.

Sin perjuicio de lo atractivo que puede ser un modelo como el explicado, es importante resaltar que dicho modelo de disuasión óptima amerita ser afinado y completado en base a todos los factores que, como se ha planteado a lo largo de este trabajo, influyen en el cumplimiento de una legislación (en este caso, de libre competencia).

### 3.- Las sanciones en el ámbito de la libre competencia: el enfoque disuasorio, el reparo retributivo y la búsqueda del diseño óptimo

En lo que sigue, se comenzará profundizando aún más en el examen del modelo económico de disuasión óptima, pero esta vez centrando principalmente el análisis en las sanciones o penas.

Retomándose el análisis del apartado previo, y tal como se planteó, el valor esperado de una sanción se obtiene, bajo el modelo analítico aludido, multiplicando su magnitud por la probabilidad de su imposición. De esta manera, y utilizando como ejemplo una sanción privativa de libertad, el valor esperado de la sanción a una infracción que ascienda a diez años de cárcel y para la cual exista una probabilidad de condena de un diez por ciento será de un año. Bajo la misma lógica, dicho valor esperado es equivalente a la sanción de una infracción cuya pena sea de dos años, pero cuya probabilidad de condena ascienda a un cincuenta por ciento.<sup>368</sup>

Considerándose la variable “p” y “D” (o, para simplificar, “F” ), para incrementar el costo de violar la ley y, por ende, conseguir una disminución de las

---

<sup>368</sup> Lo manifestado, bajo otra nomenclatura, puede expresarse de la siguiente manera: siendo el *valor esperado de la sanción* = “p” x “F” , entonces,  $(10F \times 0,1p) = (2F \times 0,5p)$ .

infracciones, se puede tanto elevar la probabilidad de aprehensión y condena como la severidad de la sanción, lo cual, en principio, implica costos distintos.

Como lo plantea Ortiz de Urbina (2004, pp.58-59), “[e]llevar la probabilidad de condena supone actuar sobre uno o varios de los factores que tienen como resultado que la criminalidad pueda estudiarse siguiendo lo que en criminología se ha denominado ‘modelo del embudo’ . Expuesto *grosso modo*: el número de delitos cometidos es superior al de aquellos denunciados, el de denuncias superior al de actuaciones judiciales, y el de actuaciones judiciales superior al de condenas, de modo que el sistema de justicia criminal funciona como un filtro en forma de embudo que va seleccionando los casos” .

De este modo, para alterar el porcentaje de condenas por delitos o infracciones (como las de libre competencia) habría que aumentar los recursos humanos y financieros de las agencias de competencia, así como mejorar la efectividad (y eficiencia) del sistema de adjudicación (administrativo y/o judicial).<sup>369</sup>

Y respecto de la segunda vía para conseguir una disminución de las infracciones, esto es, incrementando el grado de severidad de la sanción, es posible sostener que su costo será menor que aquel requerido para alterar la

---

<sup>369</sup> Hay que tener en consideración, también, que el valor de “p” dependerá, entre otras cosas, de la mayor o menor dificultad para detectar ciertos ilícitos (por ejemplo, el de colusión es muy difícil de descubrir). Igualmente, y tal como se ha visto en acápites anteriores, la política de priorización de las agencias de competencia, junto con ciertos instrumentos jurídicos, como los programas de clemencia, son importantes, también, para incrementar la probabilidad de detección y condena.

probabilidad de condena ( “p” ). En efecto, en términos del diseño legislativo de una sanción, elevar la dureza de una pena depende de un acto legislativo, cuyos costos son, presumiblemente, menores que aquellos dirigidos a aumentar la probabilidad de condena.

Por consiguiente, desde el punto de vista de la eficiencia, la opción comparativa preferida para disminuir el número de infracciones será aquella tendiente a incrementar la severidad o “quantum” de las mismas.

Debe considerarse, no obstante, que la opción por elevar el monto de las sanciones no está libre de generar tensiones y efectos indeseados. Por ejemplo, un aumento en el monto de las sanciones puede incentivar a los infractores a esconder aún más su conducta ilícita, puede incrementar el costo social en caso que se condene comportamientos inocentes (falsos positivos), y puede dificultar la capacidad de pago de los agentes económicos si la empresa no puede pagar y queda en bancarrota (agregando un mayor costo social). Incluso más, sanciones muy altas en virtud de un imperativo disuasorio puede generar otra tensión que se verá más adelante, esto es, aquella entre disuasión y proporcionalidad.

3.1. La disuasión, el “quantum” de las sanciones y la disyuntiva entre el modelo basado en el daño y aquel basado en la ganancia ilícita

La severidad o “quantum” de las sanciones es un tema central en el análisis de las penas desde un enfoque disuasorio y que tenga, al mismo tiempo, la vista puesta en lo que sería un diseño óptimo. Las sanciones, bajo este tipo de enfoque, tienen como objetivo cambiar el comportamiento del

infractor y del resto de los agentes económicos por la vía de desincentivar la comisión de ilícitos.<sup>370</sup> A su vez, cuando se habla de sanción óptima, se está haciendo referencia al tipo y forma que puede revestir una sanción (lo que se tratará en los próximos apartados) y al quantum y su mecanismo de determinación.

A continuación se hará referencia a la distinción entre el modelo disuasorio basado en el daño y aquel sustentado en el beneficio. Esta distinción refleja discrepancias y tiene implicancias, como se verá, no sólo en relación a los objetivos buscados por una legislación de libre competencia, sino también en lo concerniente al tipo de conductas que merecen ser disuadidas, al grado de consideración por la justicia distributiva y retributiva, y al grado de complejidad para efecto de cálculos.

La diferencia teórica entre ambos modelos es explicada lúcidamente por la OECD (2008b, p.4), la cual señala que “un tema en la teoría de la disuasión óptima es si las sanciones monetarias debieran estar basadas en la ganancia que acumula una firma dominante por su conducta abusiva o en el daño neto que la conducta causa a otros. La diferencia esencial entre las dos medidas es que las sanciones basadas en la ganancia disuadirán todas las infracciones, mientras que las sanciones basadas en el daño disuadirán solamente las infracciones que causen ineficiencia. La opción depende de qué uno cree es el objetivo primario del derecho de la competencia. Si el objetivo es maximizar el bienestar económico total, entonces el método del daño neto es favorecido. Si el objetivo es

---

<sup>370</sup> Macrory (2006, p.11) en la enumeración de lo que debieran ser los seis principios de las penas, sostiene que una sanción debiera tener como finalidad, entre otras, cambiar el comportamiento del infractor y disuadir futuros incumplimientos.

impedir transferencias de riqueza de los consumidores a los productores con poder de mercado, entonces el método de la ganancia ilícita es favorecido” .<sup>371</sup>

La disyuntiva recién explicada no sólo refleja la concepción que se pueda tener respecto del objetivo central de una legislación de libre competencia, sino también, como puede colegirse de la cita, del grado de disuasión aceptable que una sanción deba provocar. En efecto, si lo que se toma en cuenta para el diseño o cálculo de una sanción es la ganancia ilícita, independiente del daño neto para la sociedad (costos menos beneficios) generado por la infracción, entonces el grado de disuasión sería absoluta o total.<sup>372</sup> En otras palabras, la opción por el modelo de la ganancia ilícita podría generar una disuasión excesiva al desalentar conductas ilícitas que algún beneficio neto para la sociedad podrían irrogar, algo que el modelo basado en el daño neto no toleraría.<sup>373</sup>

El objetivo del modelo del beneficio o ganancia ilícita consiste en desincentivar toda infracción de ley que pudiera ser cometida por infractores potenciales. En este sentido, una

---

<sup>371</sup> Expresado de una manera distinta, Wils (2006) se refiere al modelo de la ganancia o beneficio ilícito como “la aproximación disuasoria” en oposición a “la aproximación basada en la internalización” (es decir, el modelo basado en el daño). Al enfoque basado en la internalización podría llamársele, también, modelo de la compensación, lo cual resulta afín con la idea de compensar o indemnizar a los perjudicados, permitiendo, al mismo tiempo, que el transgresor pueda beneficiarse de las eficiencias de su acto.

<sup>372</sup> Ver a Yeung (1999, p.448).

<sup>373</sup> Becker (1968) y Landes (1983, p.678) favorecen el modelo basado en el daño neto, el cual permitiría sanciones que no desestimen comportamientos eficientes. Por el contrario, y según la interpretación de Manzini (2008, p.4), Beccaria defendería el modelo del beneficio o ganancia ilícita.

sanción bajo el modelo de la ganancia ilícita buscaría, aludiendo a la clasificación de Calabresi y Melamed (1972), proteger una regla jurídica de inalienabilidad más que una de responsabilidad.<sup>374</sup>

Pero no sólo la consecuencia de los dos modelos dice relación con el grado de disuasión, sino que también tiene consideraciones de justicia distributiva. En efecto, las sanciones basadas en la ganancia ilícita, a diferencia del modelo alternativo, descansan en el supuesto que cualquier transferencia de riqueza de los consumidores a las firmas es siempre negativa, incluso si se tratara de una práctica que incremente el beneficio económico total para la sociedad.<sup>375</sup>

Igualmente, en términos de la complejidad en el cálculo de las sanciones, es posible argüir que el modelo basado en el daño presenta una desventaja práctica en relación al modelo alternativo. La razón de la aseveración anterior se sustenta en el hecho de que calcular el daño social resulta muy complejo.<sup>376</sup> Debe advertirse, no obstante, que tampoco resulta sencillo poder calcular el beneficio que capturó el infractor por el ilícito cometido, algo para lo cual se puede necesitar mucha información y hacer muchos supuestos. Es decir, cualquiera sea la modalidad para intentar calcular la “sanción óptima”, su cálculo no siempre será viable. La mayor utilidad de los intentos por arribar a una sanción

---

<sup>374</sup> Dichos autores clasifican las normas en tres tipos: reglas de propiedad, reglas de inalienabilidad y reglas de responsabilidad. Aunque no se explicita por los autores, la regla de responsabilidad podría denominarse, también, regla de compensación.

<sup>375</sup> Esta consideración fue desarrollada, también, en los apartados iniciales de este trabajo.

<sup>376</sup> Manzini (2008), p. 5.

óptima radica, al final, en el servir de guía para fijar el “quantum” de una sanción.

Finalmente, debe considerarse que el modelo de sanción basado en el daño no contiene en modo alguno la idea de reproche o condena moral o ética de la infracción a la libre competencia. De hecho, cuando la sanción se determina considerando los efectos dañinos para la sociedad, ésta debe estar preparada para aceptar que la conducta ilícita no será penalizada si la ganancia obtenida de ella es mayor que el daño causado. En este contexto, la sanción no adoptará el sentido de reprobación social, sino que representará, simplemente, un precio por llevar a cabo una conducta prohibida (pero eficiente).<sup>377</sup>

Precisamente, el apartado siguiente versará sobre el reparo u objeción basada en la función retributiva de las sanciones, lo cual marca diferencias filosóficas profundas entre un enfoque disuasorio, cualquiera sea el modelo adoptado.<sup>378</sup>

### 3.2. El reparo “retributivo” en la determinación del “quantum” de las sanciones

#### a) Fortalezas y debilidades del enfoque disuasorio

La principal fortaleza del modelo disuasorio (en sus dos variantes) radica en que es teóricamente capaz de generar un

---

<sup>377</sup> Manzini (2008), p. 5.

<sup>378</sup> Aunque con algunos puntos de contacto, como los que se acaban de sintetizar a propósito de las diferencias e implicancias entre el modelo basado en el daño y aquel basado en el beneficio o ganancia ilícita.



quantum específico para una sanción.<sup>379</sup> Debido a que las variables del modelo son, al menos en teoría, cuantificables, proporciona una aproximación sistemática y consistente para el problema práctico que impone la determinación de las sanciones.<sup>380</sup>

El modelo disuasorio tiene, sin embargo, debilidades, una de las cuales tiene directa relación con la ausencia de consideración moral o retributiva. A continuación se indicarán de manera somera las dos primeras debilidades, para, con mayor detalle, analizar aquella relativa a la ausencia de moralidad y sentido de justicia.

Una primera eventual debilidad del enfoque disuasorio podría fundarse en que se trata de una orientación fuertemente basada en el supuesto de racionalidad, lo cual supone que aquel que infringe la ley lo hace luego de haber, previamente, calculado los costos y beneficios esperados de su acto, todo lo cual podría no ser realista. No obstante, cuando la regulación va dirigida fundamentalmente a empresas más que a individuos, como ocurre en el área de la libre competencia, no resulta descabellado partir de la base de que la principal preocupación por parte de los regulados será actuar racionalmente en busca de la maximización de sus utilidades.<sup>381</sup>

---

<sup>379</sup> En el trabajo de Heimler y Mehta (2012) se señalan parámetros adicionales a los de la Guía sobre Multas vigente en Europa con el fin de arribar a cuantificaciones más precisas de las multas que debieran ser aplicadas para alcanzar una disuasión óptima.

<sup>380</sup> Yeung (1999), p.452.

<sup>381</sup> Aun así, tal como se ha explicado en acápites anteriores, existen estudios empíricos que relativizan dicha afirmación, sugiriendo la presencia de motivaciones no financieras, como la preocupación por la responsabilidad social y el respeto al Estado de Derecho. Ver, por ejemplo, a Ayres y Braithwaite (1992, pp.19-23).

En segundo lugar, y tal como se adelantó en forma previa, puede argüirse que la aplicación práctica de un modelo óptimo de determinación de sanciones resulta de suma dificultad. Lo que desde el punto de vista teórico puede resultar coherente, objetivo y medible en relación al diseño y cálculo de las sanciones, en la práctica tales virtudes se atemperan. Cuantificar con alguna precisión variables tales como la pérdida o daño, la ganancia o beneficio y la probabilidad de detección puede ser imposible de alcanzar a un costo razonable. Por consiguiente, el establecimiento de sanciones puede resultar, en la práctica, no menos arbitrario que bajo la utilización de modelos menos “científicos”.<sup>382</sup>

Finalmente, y siguiendo en esto a Yeung (1999, pp.454-455), se puede sostener que el modelo disuasorio es amoral y que, como modelo consecuencialista que es, su preocupación estriba en prevenir futuras infracciones de ley. Nociones como las de justicia y moralidad no juegan rol alguno. Esta realidad hace que dicho modelo tienda a provocar resultados contra-intuitivos difíciles de aceptar, tales como los que se indican a continuación:

(1) Un primer resultado contra-intuitivo puede percibirse si se siguiera, por ejemplo, el modelo disuasorio basado en el daño. Dicha aproximación, la cual busca niveles óptimos más que absolutos de disuasión, ofrece un resultado contra-intuitivo respecto de las sanciones a infracciones repetidas. En efecto, si se parte del supuesto de que la probabilidad de detectar una infracción se incrementa ante tal circunstancia, entonces debiera reducirse la severidad de la

---

<sup>382</sup> Si bien Yeung (1999, pp.454-455) hace alusión sólo a la dificultad para calcular el daño, algo ciertamente de gran complejidad, resulta realista constatar que también (aunque, quizá, en menor medida) puede resultar muy difícil calcular el beneficio o ganancia ilícita.

sanción, algo opuesto a lo que ocurriría si se aplicara el modelo retributivo o basado en el justo merecimiento.<sup>383</sup>

(2) El modelo de disuasión absoluta basado en el beneficio, en cambio, presenta el defecto de no penalizar suficientemente violaciones que provoquen una enorme cantidad de daño, pero sólo un pequeño beneficio al infractor.<sup>384</sup>

(3) Más allá de la distinción por el tipo de modelo disuasorio (y con una relevancia mayor que las dos consideraciones precedentes), es posible argüir que el enfoque disuasorio puede dar lugar a sanciones desproporcionadamente altas. En efecto, el enfoque disuasorio de las sanciones plantea que existe una relación directa e intercambiable entre la probabilidad de detección y la magnitud o severidad de la sanción. De esta manera, y tal como se adelantó en apartados anteriores, el mismo nivel de cumplimiento puede ser alcanzado a través de una variación en el monto de la sanción en respuesta a una alteración en la probabilidad de detección. El inconveniente de esta lógica radica en que el monto o severidad de una sanción podría generar una manifiesta falta de proporcionalidad (en atención a la gravedad del ilícito) en el sistema sancionatorio, lo cual puede ser reprobado tanto desde un punto de vista económico como de uno moral (o retributivo).

La falta de proporcionalidad entre la gravedad del ilícito y la severidad de la sanción, desde el punto de vista económico (o del análisis económico del Derecho), puede ser inadecuada por dos razones. La primera dice relación con lo que se suele denominar “el problema de la disuasión

---

<sup>383</sup> Yeung (1999), p. 454.

<sup>384</sup> Yeung (1999), pp. 454-455.

marginal” ,<sup>385</sup> el cual alude a la situación en la que una vez que el individuo decide cometer un ilícito, éste se encuentra con el incentivo a perpetrar un ilícito aún más grave.<sup>386</sup> La segunda razón está asociada a los límites naturales a la severidad de las sanciones. Como lo explica Rodríguez (2004, pp.20-21), “aunque no existieran normas (por ejemplo, de tipo constitucional) que recogieran una función socializadora de las penas y, por consiguiente, un límite máximo a la intensidad de su aplicación, existiría para cada individuo una determinada sanción que supondría el nivel de severidad máximo (no necesariamente la misma para todos), tal que ningún otro correctivo adicional sería capaz de aumentar la pérdida de utilidad que percibe en tal situación. En estas circunstancias, por tanto, un aumento de la severidad de la sanción resultaría indiferente para el individuo, que no se vería así más desincentivado a cometer el correspondiente ilícito” .

Por su parte, la falta de proporcionalidad entre la severidad de las sanciones y la gravedad de los ilícitos sancionados puede atentar contra consideraciones de justicia retributiva, la cual asume, en general, que la comisión de un ilícito más grave merece, también, una sanción más grave, en

---

<sup>385</sup> Ver a Ortiz de Urbina (2004), p.69.

<sup>386</sup> Rodríguez (2004, p.19) ilustra dicha situación en relación a la comisión de actos de corrupción: “[s]upongamos a modo de ejemplo que, como cabe esperar, la sociedad considerara más grave la comisión del ilícito de ‘asesinato’ que la del ilícito ‘comisión de actos corruptos’, a pesar de lo cual se sancionaran de igual forma. En estas circunstancias, el individuo que fuera sorprendido cometiendo un acto corrupto no encontraría ningún incentivo por parte del sistema sancionador para no asesinar a la persona que le ha descubierto, ya que el beneficio marginal esperado de este comportamiento es positivo”. Debe señalarse, no obstante, que el problema de la disuasión marginal no resulta claramente aplicable en casos de ilícitos de libre competencia.

términos relativos. Así, si con el fin de maximizar la eficacia disuasoria de una sanción se establece o aplica una de las sanciones más altas permitidas a un ilícito de una gravedad menor, se podría estar violentando el escalamiento valorativo de las sanciones según su nivel de gravedad.

b) La teoría retributiva de la pena y la determinación del “quantum” de las sanciones. Significado, fortalezas y debilidades

La teoría retributiva de las sanciones enfatiza la concepción de la pena como un castigo que se funda en el merecimiento a que se hace acreedor el infractor por violar el derecho.<sup>387</sup>

Este principio del “justo merecimiento” (o “just deserts”) no sólo proporciona una justificación moral para la imposición de una sanción, sino también una base teórica para determinar, en alguna medida, el quantum de la misma. En efecto, los teóricos de esta escuela argumentan que el quantum de la sanción debe estar determinada por el principio de proporcionalidad, el cual implica que la severidad de la pena debe estar relacionada con la gravedad de la infracción. Dicho de otra forma, la severidad de la sanción permite comunicar el grado de reproche atribuido a la infracción, de modo que mientras más grave sea la conducta, más severa será la sanción.<sup>388</sup> Y, cuando se habla de gravedad de la

---

<sup>387</sup> Cury (2005, p.65) lo explica con otras palabras al señalar que “la pena es el mal que se irroga al autor de un hecho injusto, en consideración a que éste puede serle reprochado por constituir una decisión contraria a los mandatos y prohibiciones del derecho”.

<sup>388</sup> Yeung (1999), p. 451.

infracción, es posible hacer referencia a dos componentes claves de dicho concepto: el daño causado y la culpabilidad.<sup>389</sup>

Lo que interesa preguntarse, para estos efectos, es si el principio de proporcionalidad, base de la concepción retributiva de la sanción, es un parámetro capaz de determinar por sí mismo el quantum de la sanción o es, más bien, un principio limitador. Si la justicia retributiva fuera la única inspiración para la imposición de una pena podría defenderse la primera postura. Sin embargo, la necesidad de reconocimiento y coexistencia de diferentes funciones de las penas permite sostener que la gravedad (daño y culpabilidad) de una sanción y el correspondiente principio de proporcionalidad no se basta a sí mismo, pudiendo, por ejemplo, tener un rol limitador del grado de severidad de la sanción.<sup>390</sup>

En definitiva, no es casualidad que, generalmente, las legislaciones reflejen una mezcla de ambas concepciones de las penas. Como lo plantea Wils (2006, p.198), “[e]sto es visible en la afirmación de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea de que las multas impuestas por la Comisión Europea por violaciones a los artículos 81 y 82 ‘tienen como objetivo castigar conductas ilegales, así como impedir que éstas se repitan’. La visión retributiva impone una restricción a la búsqueda de la disuasión óptima en la forma del principio de proporcionalidad de las penas”.

La principal fortaleza del modelo retributivo (o “del justo merecimiento”) consiste en que el nivel de la sanción

---

<sup>389</sup> Yeung (2004), p. 74.

<sup>390</sup> Debe reconocerse, no obstante, que sostener que el principio de proporcionalidad es un elemento limitador del quantum de una sanción le quita preponderancia frente al rol disuasorio de las penas.

está diseñado para reflejar el valor social de la justicia. Esto contrasta con el modelo disuasorio, cuya debilidad mayor radica en su capacidad para generar resultados contraintuitivos con el sentido de justicia.<sup>391</sup>

Además, la naturaleza más abierta de un modelo basado en un concepto con mayor nivel de indeterminación, como el de gravedad, permite la acomodación o integración de diversas variables, muchas de las cuales sirven de sostén al modelo disuasorio: (1) Por ejemplo, la noción de daño es uno de los factores para determinar la gravedad de la sanción al mismo tiempo de ser uno de los elementos fundantes de una de las variantes del modelo disuasorio. En la práctica, cuando una infracción impone pérdidas muy grandes en otros la percepción de gravedad del hecho se eleva y, por consiguiente, el nivel o monto de la sanción. (2) Asimismo, la probabilidad de detectar la existencia de la infracción es un eje básico en el modelo disuasorio, de modo que en el diseño del régimen sancionador debe tenerse en consideración la posibilidad de que la ofensa sea realizada de manera cubierta o de forma deliberadamente oculta. Bajo la óptica del modelo retributivo, la percepción de culpabilidad del infractor se incrementa por este tipo de actuaciones, pudiendo ser tomadas, por tanto, en el proceso de diseño o aplicación de sanciones. (3) Igualmente, así como el beneficio o ganancia esperada o derivada del delito resulta un elemento clave de una de las variantes del modelo disuasorio, también puede ser un factor a ser tenido en consideración por el modelo retributivo de acuerdo al principio moral consistente en que uno no debiera obtener ganancias de sus propios errores.<sup>392</sup>

---

<sup>391</sup> Yeung (1999), p. 455.

<sup>392</sup> Yeung (1999), p. 456.

¿Cuáles son las debilidades del modelo retributivo? La principal debilidad del modelo retributivo consiste en su incapacidad teórica para atribuir una pena determinada a una infracción específica, es decir, en una falta de precisión que de lugar a significativos espacios para inconsistencias y eventuales arbitrariedades. Este modelo parte de la base de que las sanciones pueden ser determinadas atendiendo a que las infracciones pueden escalonarse de acuerdo a su nivel de gravedad, lo cual está lejos de ser algo simple o no controvertido. De hecho, el riesgo de inconsistencia ha dado lugar, en algunas jurisdicciones, al desarrollo de una aproximación más estructurada para la determinación de sanciones, sea por la vía de una tipificación legal más detallada y precisa, sea a través de la dictación de guías, comunicaciones o directrices.<sup>393</sup>

#### **4.- Las sanciones pecuniarias: opciones de diseño**

En el ámbito de la libre competencia la sanción por excelencia es la de carácter monetario, en especial, la de multa. No existe legislación de libre competencia, que sea de conocimiento del autor, en que no esté contemplada la sanción de multa para todos o algunos de los ilícitos de libre competencia.

De hecho, a nivel teórico (al menos desde la disciplina del Análisis Económico del Derecho) la forma ideal de sanción es la multa y no la prisión.<sup>394</sup> Como lo manifiesta Ortiz de Urbina (2004, p.60), “[p]ara determinar qué forma ha de tener

---

<sup>393</sup> Yeung (1999), p. 456.

<sup>394</sup> Becker (1968, p.193), planteaba su preferencia por la sanción de multa.



la sanción óptima hay que considerar los diferentes costes que acompañan a las mismas. Mientras que mantener a un sujeto en la cárcel le cuesta dinero al Estado -y se lo hace perder al preso y a su familia-, obligarle a pagar una multa engrosa las arcas públicas (salvo que los costes administrativos del cobro superen el montante de la multa, caso en el cual el Estado se seguiría ahorrando los costes de ejecución de la pena privativa de libertad). [...]. Así, una primera cualificación apuntaría a que la sanción penal preferida por el AED [Análisis Económico del Derecho] es la multa de elevada cuantía, y no la larga condena a prisión” .

En lo que sigue, se analizarán diferentes tipos de penas monetarias o multas y lo que se conoce como “equity fines” (o transferencia de acciones de la compañía a un fondo de compensación). En lo concerniente a las multas, objeto preferente de examen, se identificarán las diferentes formas que puede adoptar este tipo de sanción en términos de diseño legislativo. Así, se hará referencia a las multas máximas, a las multas vinculadas a la ganancia financiera, y a las multas como porcentaje de las ventas. Luego, se abordarán las “equity fines”, sin perjuicio de consideraciones, a lo largo del presente apartado, sobre las fortalezas y debilidades de las sanciones monetarias en general y según la forma que adopten.

#### 4.1. Multas máximas

En términos generales, una de las ventajas de las multas radica en su flexibilidad para adecuarlas al caso concreto. Esta ventaja puede resultar especialmente atinente cuando la sanción monetaria toma la forma de una multa máxima y el techo de la misma es lo suficientemente alto. La flexibilidad que

permite esta modalidad de multa posibilita que se considere en la determinación de la sanción no sólo la necesidad de disuadir, sino también la incorporación de otros criterios, tales como la gravedad (daño y culpabilidad) y la proporcionalidad.

Obviamente, el eventualmente amplio ámbito de discrecionalidad abierto a quien debe aplicar la sanción al caso concreto conlleva el peligro de pasar por alto diversos otros criterios distintos de la disuasión. Algunas legislaciones tienden a constreñir este espacio de flexibilidad estableciendo un escalonamiento de multas máximas según la naturaleza de la infracción, distinguiéndose, muchas veces, entre infracciones, leves, graves y muy graves.<sup>395</sup> Esto último es lo que ocurre, por ejemplo, con la legislación española y la peruana de libre competencia.<sup>396</sup> En contraste con la categorización infraccional establecida en la legislación española, la legislación chilena de libre competencia establece sólo un sistema de multas máximas y no establece distinción alguna de las infracciones según su gravedad.<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> Las conductas colusorias suelen ser las consideradas como más graves por parte de las legislaciones. En el caso chileno este tipo de conductas tiene una sanción máxima superior al de los otros tipos de infracciones (ver artículo 26 del DL 211 de 1973, y sus modificaciones).

<sup>396</sup> Ver artículo 62 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España y el artículo 43.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas de Perú.

<sup>397</sup> Debe tenerse presente que aunque el diseño legislativo chileno no contempla categorías de infracciones según su grado de gravedad, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tiene la posibilidad de tomar en consideración la naturaleza de la infracción para efecto de la determinación de la sanción. De hecho, así ha ocurrido en múltiples ocasiones.

Como puede apreciarse, existe una tensión entre, por un lado, el espacio de flexibilidad necesario para permitir que las sanciones puedan fijarse en un nivel que permita disuadir (y considerar otros objetivos de las sanciones), y, por otro lado, restringir dicha flexibilidad por medio de establecer una jerarquía de infracciones según su gravedad, cada una de las cuales tiene un monto máximo.

Además del tema de la flexibilidad y de la jerarquización de infracciones, es posible argüir que el establecimiento de multas con un techo máximo, a diferencia de mecanismos legislativos de determinación de multas diferentes, proporciona una señal (acertada o equivocada, según el caso) del grado de reproche que ameritan los ilícitos a la libre competencia vis a vis otras infracciones a cuerpos legales distintos.

#### 4.2. Multas vinculadas a la ganancia financiera

La justificación de una multa para cuyo importe exista por ley una vinculación específica con la ganancia financiera consiste en reforzar el efecto disuasorio de la sanción, evitando que la existencia de una multa máxima legal pueda no ser suficiente en relación al beneficio que la infracción irroga al infractor.

Este tipo de sanción puede ser construida, en primer lugar, a partir de una contabilidad precisa de las ganancias realizadas o de las pérdidas evitadas. Una segunda aproximación puede tomar en consideración una rentabilidad

estimada o indicativa, utilizando, por ejemplo, información sobre las ventas, las utilidades o el tamaño del mercado.<sup>398</sup>

Una de las mayores dificultades de este tipo de multa radica en la información necesaria para poder arribar al monto de la sanción. Por lo mismo, en legislaciones como la de Nueva Zelandia, se ha optado por un atractivo diseño legislativo que proporciona tres opciones diferentes abiertas al juez para imponer la multa. En concreto, la sección 80(2B) de la Commerce Act de 1986 de Nueva Zelandia dispone lo siguiente: “El monto de cualquier pena pecuniaria no debe, respecto de cada acto u omisión, exceder, - (a) en el caso de un individuo, \$500.000; o (b) en el caso de una entidad corporativa, la mayor de - (i) \$10.000.000; o (ii) cualquiera de las siguientes - (A) si puede ser fácilmente establecida y si la corte es convencida de que la contravención ocurrió mientras producía una ganancia comercial, 3 veces el valor de la ganancia comercial resultante de la contravención; o (B) si la ganancia comercial no puede ser fácilmente establecida, 10% de la facturación de la entidad corporativa y todas sus entidades corporativas interconectadas (si hubiesen)” .<sup>399</sup>

Un caso con alguna similitud al de Nueva Zelandia, pero que presenta menores opciones, es aquel reconocido por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 de Colombia, el cual

---

<sup>398</sup> ALRC (2002), p.815.

<sup>399</sup> La version original en inglés es la siguiente: “The amount of any pecuniary penalty must not, in respect of each act or omission, exceed, - (a) in the case of an individual, \$500,000; or (b) in the case of a body corporate, the greater of - (i) \$10,000,000; or (ii) either - (A) if it can be readily ascertained and if the court is satisfied that the contravention occurred in the course of producing a commercial gain, 3 times the value of any commercial gain resulting from the contravention; or (B) if the commercial gain cannot be readily ascertained, 10% of the turnover of the body corporate and all of its interconnected bodies corporate (if any)” .

establece multas “hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor” .

#### 4.3. Multas como porcentaje de la facturación

Esta forma de arribar a la multa es una adaptación de aquella basada en el beneficio o ganancia ilícita. Aspira tener, por ende, las mismas ventajas, con la diferencia que trata de objetivar y facilitar los cálculos, en especial ante las dificultades de información que presenta el modelo más puro de la ganancia ilícita.<sup>400</sup>

Igualmente, en las legislaciones en las que está contemplado este modelo, suelen existir guías o comunicaciones que pormenorizan la forma de cálculo, constriñendo los espacios de discrecionalidad de la entidad llamada a determinar las sanciones y proporcionando mayor grado de precisión y transparencia.

Este modelo de multa es el aplicado, por ejemplo en la Unión Europea, en Inglaterra, en España, en Perú y en El Salvador, por nombrar jurisdicciones muy disímiles.<sup>401</sup>

#### 4.4. Debilidades de las multas como tipo de sanción

---

<sup>400</sup> El comentario no implica que no exista un desafío informacional en el caso del modelo basado en un porcentaje de la facturación.

<sup>401</sup> En el caso de España, ver el artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia. En el caso de Perú, ver el artículo 43 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Respecto de El Salvador, ver el artículo 38 de la Ley de Competencia de 2007.

Las multas poseen ventajas obvias como tipo de sanción. Entre éstas puede mencionarse su facilidad para ser administradas, la preservación de la libertad de la empresa para manejar sus asuntos internos, y la generación de fondos para el Estado, los cuales pueden ser destinados, en todo o en parte, a fortalecer la acción de la autoridad para hacer cumplir la ley. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que este tipo de sanción presenta limitaciones.<sup>402</sup>

Una primera desventaja o potencial problema que se puede atribuir a las multas dice relación con la idoneidad de éstas como instrumento disuasivo. Es posible sostener que para las grandes compañías las multas pueden ser insignificantes, al punto de considerárseles como un mero costo del negocio. En contraste, para las empresas de menor tamaño, una multa de un monto que adecuadamente refleje la gravedad de la infracción bien puede estar más allá de sus medios. Esta última situación daría lugar a lo que se conoce como “trampa disuasoria”, en donde el monto de la multa pasa a ser indiferente ante la incapacidad de pago del infractor.<sup>403</sup> Se hace notar, además, que las multas operan, en su pretensión disuasoria, sobre la base de considerar a los agentes económicos únicamente como maximizadores de ganancias, en circunstancias que sus decisiones pueden, también, estar motivadas por valores no económicos como el prestigio.<sup>404</sup>

Una objeción distinta dice relación con el aspecto retributivo ya analizado en páginas anteriores. En efecto, el sentido de justicia retributiva puede no verse satisfecho si

---

<sup>402</sup> Fisse (1983), p.1215.

<sup>403</sup> Como lo ilustra Coffee (1981, p.390), “una pequeña corporación no está más amenazada por una multa de \$5 millones que por una de \$500.000 si ambas están más allá de su capacidad para pagar”.

<sup>404</sup> Law Reform Commission of New South Wales (2003), p.85.

la multa que correspondería imponer en consideración a la gravedad (culpabilidad y daño) de la conducta es mayor o menor atendiendo a una orientación disuasoria de la pena.

Otra crítica basada en la injusticia dice relación con el efecto adverso en terceros a que puede dar lugar la imposición de multas como forma de sanción. Esta objeción descansa en la idea de que no sólo se estaría castigando al infractor sino también a terceros no directamente involucrados (y, por tanto, total o parcialmente inocentes) quienes de una u otra manera pagarían parte del costo.<sup>405</sup> Así, son mencionados, por ejemplo, los accionistas de la compañía multada, los trabajadores de ésta, sus acreedores o, incluso, sus clientes.<sup>406</sup>

En relación a la inutilidad de las multas para rehabilitar al infractor,<sup>407</sup> esta crítica se basa en el hecho que cuando una compañía es sentenciada a pagar una multa, a ésta no se le requiere que revise su estructura administrativa o procedimientos o políticas internas que contribuyeron o causaron la errónea conducta que dio lugar a la infracción.

En lo concerniente a la aptitud de las multas para servir de instrumento de denuncia o censura pública, también ha habido críticas. En efecto, se podría argüir que las multas tienden a trivializar la gravedad de la violación legal

---

<sup>405</sup> En cuanto a su impacto en los accionistas, Fisse (1983, p.1219) argumenta que “se presume que los administradores se encuentran en una mejor posición que los accionistas para ejercer control sobre el acto que causa daño y el riesgo tomado, y por consiguiente debiera soportar el mayor peso de las multas”.

<sup>406</sup> Ver a Coffee (1981, pp. 400-405) y Fisse (1983, pp.1219-1220).

<sup>407</sup> Esta función de las penas es más naturalmente aplicable a las personas naturales, lo que no obsta, como se advertirá, que las personas jurídicas puedan ser vistas bajo este prisma.

cometida y que no genera un suficiente mensaje de denuncia ante la comunidad. El riesgo de las multas, a este respecto, radica en que se genere la impresión de que la vulneración de las normas de defensa de la libre competencia (y, en general, de las infracciones o delitos corporativos) están permitidas en la medida en que el infractor meramente pague el precio correspondiente.<sup>408</sup>

Muchas de las críticas respecto de las multas permiten visualizar los objetivos de las penas, los cuales difícilmente pueden ser satisfechos bajo una sola forma de sanción. Desde esta perspectiva, la sanción de multa sigue siendo adecuada, sin perjuicio de la particular forma que adopte y de su complemento con otro tipo de sanciones o medidas.

#### 4.5. “Equity fines”

Una propuesta alternativa a las multas y que busca ser una respuesta a algunas de las limitaciones ya explicadas son las denominadas “equity fines”, término acuñado por Coffee (1981),<sup>409</sup> y que consiste en una sanción aplicada a aquellos instrumentos representativos de parte del capital de la compañía. En palabras de Coffee (1981, p.413), “la corporación condenada debiera ser requerida a autorizar y emitir un número tal de acciones a favor de un fondo estatal de compensación a las víctimas que tuviera un valor de mercado esperado que fuera igual al dinero de una multa necesaria para disuadir la actividad ilegal”. El fondo de compensación debiera, luego, vender las acciones o el instrumento representativo de parte del capital de la compañía de una

---

<sup>408</sup> Law Reform Commission of New South Wales (2003), p. 86.

<sup>409</sup> De difícil traducción a la lengua castellana.



manera que maximice su retorno financiero y, en la medida de lo posible, compensar a las víctimas.

Varios son los beneficios que se sugiere tiene este sistema alternativo de sanción pecuniaria.<sup>410</sup> En primer término, la externalidad que un sistema de multas en dinero puede ocasionar en los trabajadores y consumidores es reducido, debido a que el capital de la compañía no resulta significativamente afectado. Con este sistema los costos de disuasión se concentran fundamentalmente en los accionistas.

En segundo lugar, las “equity fines” permitirían compensar a las víctimas por la vía de los fondos obtenidos con la venta de los valores. De esta manera, podría satisfacerse uno de los fines de las penas: la compensación o reparación a los afectados con la infracción.

En tercer lugar, se sugiere que el tipo de sanción objeto de análisis evitaría el límite que la capacidad de pago impone en casos donde la sanción aplicada es la multa. Esto deriva del hecho de que las “equity fines” no dependen de la liquidez de la empresa, sino del valor de la misma, para lo cual hay que considerar, como elemento central, el valor de los flujos futuros de la misma.

Una cuarta ventaja que presentaría este tipo de sanción radica en que podría incentivar una mayor supervisión de la administración de la compañía por parte de los dueños o accionistas. Esto podría dar lugar a programas preventivos

---

<sup>410</sup> Ver a Coffee (1981), pp.413 y ss. y a la Law Reform Commission of New South Wales (2003), pp.101-103.

dirigidos a asegurar la observancia de la normativa, en este caso, de libre competencia.<sup>411</sup>

Por último, podría destacarse como ventaja el hecho que este tipo de sanción no disminuiría el capital de la empresa disponible para invertir, ya que sólo reasignaría la propiedad.

Las “equity fines” tienen cierto atractivo teórico, sin embargo, no han prosperado a nivel de diseño legislativo. Se le critica, por ejemplo, la injusta carga que puede significar para los accionistas. Asimismo, se hace ver la complejidad administrativa del sistema. La dificultad en la valoración de la compañía es otro obstáculo, lo cual implica, de paso, una traba para la obtención de consistencia en las sanciones a diferentes empresas. Adicionalmente, las “equity fines” asumen que el grupo de víctimas puede ser identificado, lo cual es particularmente difícil en el ámbito de la libre competencia. Finalmente, es posible sostener que este tipo de sanción no es muy adecuada para compañías cuyo capital no está representado en acciones y para compañías que no cotizan en bolsa.

## **5.- Otras funciones de las penas, otros tipos de sanción: sanciones no pecuniarias**

Cuando se habla de los objetivos de las penas o sanciones, generalmente se hace referencia a la retribución, disuasión, rehabilitación, incapacitación y reparación. Estos objetivos, algunos de los cuales ya han sido analizados,

---

<sup>411</sup> La Law Reform Commission of New South Wales (2003, p.104) sugiere lo opuesto debido, principalmente, a que los incentivos no serían directos ni automáticos.

pueden, someramente, sintetizarse de la siguiente manera: (i) la retribución busca asegurar que los infractores reciban su justo castigo por el ilícito cometido; (ii) la disuasión busca prevenir o desincentivar a las personas de cometer ilícitos; (iii) la rehabilitación busca alcanzar la recuperación o “sanación” del infractor; (iv) la incapacitación busca inhabilitar a los infractores de modo de que éstos no sean capaces de volver a infringir la ley de manera definitiva o, al menos, por un período sustancial de tiempo; y (v) la reparación busca restaurar o compensar el mal infligido a la víctima. A estos objetivos, suele añadirsele, por ejemplo, la función o meta de ser vehículo de expresión de indignación y condena pública, así como aquella función más “pedagógica” de ser expresión de lo que debieran ser ciertos estándares mínimos de moralidad y comportamiento. Estos dos últimos aspectos pueden quedar cubiertos bajo la denominación de “denunciation” o condena social, como un objetivo adicional de toda sentencia.<sup>412</sup> Igualmente, a veces se menciona, también, el reconocimiento del daño a las víctimas y la comunidad como objetivo.<sup>413</sup>

---

<sup>412</sup> Law Reform Commission of New South Wales (2003), pp.49-53.

<sup>413</sup> ¿Son aplicables las cinco justificaciones teóricas concebidas en el ámbito del derecho penal en el contexto de una regulación más afín con el derecho administrativo en que los infractores son empresas o personas jurídicas más que individuos personas naturales? Autores como Fisse y Braithwaite (1988) y reportes como los de Law Reform Commission of New South Wales (2003, pp.49-53) y el liderado por Macrory (2006) en el Reino Unido, asumen que sí es posible la aplicación de las cinco aproximaciones teóricas y sus respectivos objetivos subyacentes. Por el contrario, Yeung (1999, p.445) sostiene que no encajan bien, teniendo, por consiguiente, una limitada aplicación, y resultando ser sólo dos de ellos los realmente atingentes: la disuasión y la retribución. En efecto, posiciones como la de estos últimos sostienen que la rehabilitación tiene poca aplicación en el ámbito de la regulación social y económica donde las personas jurídicas son los infractores habituales. Asimismo, se plantea que la reparación es más una función primordial de las acciones

En el ámbito de la libre competencia, la multa es la sanción por excelencia, lo que implica que, además de la función retributiva que puede tener (algo susceptible de obtenerse cualquiera sea la forma de la pena), permite plasmar de modo más natural la finalidad disuasoria de las sanciones. Dicho de otro modo, la multa no resulta idónea para reflejar otras funciones como la incapacitación y rehabilitación o, incluso, para la reparación o compensación.

Sin perjuicio de lo anterior, el arsenal de sanciones en el ámbito de la libre competencia puede engrosarse con algunos tipos de sanciones no pecuniarias. A continuación, se examinarán sanciones como la descalificación y disolución, relacionadas con la función de incapacitación del infractor, para, posteriormente, tratar la sanción de publicación y registro de la condena. Más adelante, en un apartado especial, se abordará la sanción de prisión.

### 5.1. Descalificación

Una vía para incapacitar a una empresa es impedir que ésta lleve a cabo ciertas actividades o denegar la posibilidad para que ésta celebre ciertos contratos.

En particular, lo que se ha denominado descalificación puede adoptar, a modo ilustrativo, las siguientes acciones: (1) el cese de ciertas actividades comerciales por un período

---

privadas que buscan que se cumpla la regulación, que una base para determinar cuánto ha de pagarse al Estado por concepto de pena. Igualmente, se argumenta que la incapacitación está dirigida a determinados infractores considerados peligrosos para la sociedad y sus víctimas, los cuales, en el campo del derecho penal, suelen quedar inhabilitados para poder delinquir en virtud de la pena privativa de libertad que se les impone.

de tiempo; (2) la imposibilidad de realizar actividades económicas en cierto mercado geográfico; (3) la suspensión o revocación de licencias para ciertas actividades; o (4) descalificar a una compañía de la celebración de ciertos contratos gubernamentales o, incluso, la terminación de los mismos.<sup>414</sup>

Adicionalmente, tratándose de individuos, la descalificación puede tomar la forma de inhabilitación total o temporal a los altos ejecutivos y miembros del consejo directivo de una compañía para ejercer funciones directivas en otras compañías, en especial aquellas que cotizan sus acciones en bolsa o que hacen oferta pública de valores.

El Reino Unido proporciona un ejemplo concreto de este último tipo de descalificación.<sup>415</sup> En efecto, la OFT (2010, pp.3-5) explica que el director de una compañía que ha infringido la legislación de libre competencia del Reino Unido, comete delito si habiendo sido objeto de descalificación (la cual puede ser hasta por quince años) es director de una compañía o, entre otras cosas, toma parte directa o indirectamente en la promoción, formación o administración de una compañía. Para la aplicación de este tipo de prohibición la corte debe considerar que la conducta de la persona como director lo hace inadecuado para estar involucrado en la administración de una compañía, para lo cual tomará en cuenta: (i) si su conducta contribuyó a la violación de la legislación de competencia, (ii) si su conducta no contribuyó a la violación, pero él tenía una base razonable para sospechar que la conducta de la organización constituía

---

<sup>414</sup> Law Reform Commission of New South Wales (2003), p.109.

<sup>415</sup> Ver la Sección 9A(1) y siguientes de la Company Director Disqualification Act de 1986.

una infracción y él no adoptó medidas para impedirlo y (iii) si no sabiendo lo que ocurría, el debió haber sabido que la conducta de la organización constituía una violación a la ley de competencia.

Por último, debe considerarse que este tipo de medidas sancionatorias que tienen una función de incapacitación, y por ende, de protección hacia el mercado,<sup>416</sup> también poseen una dimensión retributiva y disuasoria.

## 5.2. Disolución

La sanción de disolución de una sociedad u organización equivale a la pena de muerte de una entidad colectiva. Es la más drástica de las sanciones disponibles para una organización.

Una ventaja de la sanción de disolución es que permite remover de la comunidad una organización que ha violado flagrantemente las reglas de la sociedad o comunidad.

Sin embargo, este tipo de sanción presenta desventajas. En primer término, la disolución podría dañar sustancialmente a empleados, accionistas, consumidores, acreedores y otros “socios comerciales” de la disuelta entidad. Además, los miembros de la disuelta compañía siempre pueden volver a desarrollar las mismas actividades bajo una nueva entidad legal. Por último, podría argüirse que al ser una sanción que presumiblemente será muy poco aplicada, su efecto disuasorio será limitado.<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> Beaton- Wells y Fisse (2009), pp.130-131.

<sup>417</sup> Law Reform Commission of New South Wales (2003), p.113.

Las desventajas indicadas precedentemente también son aplicables (eventualmente con matices) para la sanción de descalificación.

### 5.3. La publicidad de la condena como sanción

La justificación de este tipo de sanción deriva de la noción de vergüenza, es decir, su propósito es dañar la reputación del infractor. Se trata de una forma de censura social que intenta expresar la desaprobación por parte de la sociedad de la infracción cometida.<sup>418</sup> La sanción consistente en ordenar la publicidad de la condena procura satisfacer la expectativa popular de que el castigo constituya una forma de condena moral expresa.

Una de las deficiencias de la sanción de multa radica en el riesgo de concebirse tal pena como un mero precio a ser pagado por una conducta, lo cual puede generar el mensaje de que la infracción así sancionada tiene una menor gravedad. En contraste, la publicidad negativa derivada de la orden de publicar la condena (por ejemplo, en un medio de comunicación o en un registro público), puede ser más efectiva en el propósito denunciatorio de una pena.<sup>419</sup>

La publicidad negativa, la cual puede ser de carácter formal o informal,<sup>420</sup> puede amenazar la buena reputación de una organización, o afectar la confianza del consumidor en ella, además de comprometer la autonomía de la misma.

---

<sup>418</sup> Law Reform Commission of New South Wales (2003), p.147.

<sup>419</sup> Law Reform Commission of New South Wales (2003), p.147.

<sup>420</sup> La publicidad de la condena a través de noticias y reportajes en los medios de comunicación puede tener un mayor impacto que órdenes formales de publicar la condena en algún registro público.

En efecto, y tal como lo señala la Law Reform Commission of New South Wales (2003, pp.147-149), una publicidad adversa puede disuadir las infracciones cometidas por una empresa toda vez que la reputación es un valioso activo. Una publicidad adversa puede estigmatizar a una compañía y, de esta manera, provocar una disminución de su prestigio. Igualmente, una publicidad negativa puede afectar la confianza de los consumidores, dando lugar a una pérdida en las ventas, en la rentabilidad y, en último término, en el valor de la compañía. Asimismo, una publicidad adversa de la compañía infractora puede generar, también, consecuencias no financieras, tales como un incremento del escrutinio de los medios de comunicación sobre ella o un mayor nivel de fiscalización por parte de agencias regulatorias.

Un buen ejemplo del uso formal de la publicidad negativa es proporcionado por la “Federal Sentencing Guidelines Manual” emitido por la United States Sentencing Commission (2011, sección 8D1.4(a)), la cual señala que “la corte puede ordenar a la organización, a expensas de ésta y en el formato y medio [de comunicación] especificado por la corte, publicar la naturaleza de la infracción cometida, el hecho de la condena, la naturaleza de la sanción impuesta, y los pasos que serán tomados para impedir la recurrencia de infracciones similares” .<sup>421</sup>

Finalmente, se sugiere tener cuidado de lo que puede considerarse una objeción de justicia. Esto ocurriría cuando

---

<sup>421</sup> La disposición, en su idioma original (el inglés), dice así: “(a) The court may order the organization, at its expense and in the formal and media specified by the court, to publicize the nature of the offense committed, the fact of conviction, the nature of the punishment imposed, and the steps that will be taken to prevent the recurrence of similar offenses” .



una autoridad regulatoria litiga por la prensa antes de dictada una sentencia definitiva, lo cual puede generar una publicidad negativa para la parte acusada que, en el extremo, puede llegar a constituir una condena anticipada por parte de la opinión pública.<sup>422</sup>

## **6.- Las sanciones a los individuos y la pena de prisión**

### **6.1. Necesidad de imponer sanciones no sólo a las empresas, sino también a los individuos**

Las empresas u organizaciones, quienes son, a diferencia de las personas naturales, los sujetos o agentes económicos que normalmente incurren en infracciones a las normativas de libre competencia, no son entidades abstractas ajenas a las personas que las componen. En este sentido, quienes en última instancia llevan a cabo los actos constitutivos de infracción son los altos o medianos ejecutivos, administradores o agentes de la compañía.

Teniendo en consideración lo expuesto previamente, una primera justificación para la existencia de sanciones individuales adicionales a aquellas impuestas a las empresas es la dificultad que tienen las empresas para poder controlar a sus agentes. Una segunda razón radica en que agregar sanciones individuales podría ayudar a solucionar el problema de la imposibilidad de imposición de sanciones muy altas (en especial multas) a las empresas. Y, en tercer lugar, las sanciones individuales pueden fortalecer el compromiso moral de las personas a respetar la ley. A continuación se

---

<sup>422</sup> Ver a Yeung (2005).

explicará con algún mayor detalle cada una de las razones enunciadas.<sup>423</sup>

a) Las sanciones a los individuos pueden ayudar a solucionar la dificultad que tienen las empresas para poder controlar a sus agentes

Como se ha manifestado en otros capítulos de este trabajo,<sup>424</sup> son múltiples los motivos que puede tener una empresa y, al final, quienes trabajan para ella (en particular quienes tienen poder de decisión), para incurrir o no en una violación a la ley.

Una fuente de incumplimiento de la ley puede deberse, por ejemplo, a la ausencia de conocimiento y comprensión de la regulación, esto es, los individuos que dirigen y trabajan para la empresa pueden ser ignorantes o tener cierta confusión acerca de lo que permite, manda o prohíbe la normativa.

Igualmente, el incumplimiento de la legislación puede tener su explicación en la natural motivación de búsqueda de ganancias para la compañía y para quienes trabajan en ella. En efecto, cuando a una empresa le va bien económicamente es esperable que también se vean beneficiados sus dueños y quienes la administran. Esto incluso puede ocurrir con los administradores y empleados ubicados en segmentos medios de la organización, quienes pueden capturar incentivos monetarios por cumplimiento de metas o ver incrementarse sus posibilidades de ascenso al interior de la organización.

---

<sup>423</sup> En este apartado nos basaremos, fundamentalmente, en el trabajo de Wils (2002, capítulo 8).

<sup>424</sup> Ver capítulo quinto.

Al respecto, la labor de las agencias de competencia para promover y dar a conocer la regulación de libre competencia es invaluable. En el mismo sentido, las medidas internas de las compañías dirigidas a promover el conocimiento y cultura de la competencia pueden ser medidas positivas a tener en consideración. Por ejemplo, las compañías pueden establecer protocolos y programas de entrenamiento de su personal. También pueden adoptar adecuados sistemas de evaluación e incentivos por desempeño. Puede ser útil, asimismo, la consistencia en el comportamiento ético de los altos ejecutivos, quienes deben dar el ejemplo. Igualmente, la cercanía de los asesores legales de la empresa con sus gerentes operativos puede ser de ayuda para incrementar una cultura de la compañía afín al cumplimiento de la legislación de libre competencia.

Pero no sólo las medidas preventivas indicadas pueden incrementar, en algún grado, la probabilidad de controlar a quienes integran la compañía y que tienen algún poder de decisión. También pueden ejecutarse medidas reactivas, siendo el despido el máximo castigo posible. El problema es que el despido no siempre es una medida suficiente de control, en especial dado los eventuales mayores beneficios derivados de las expectativas de promoción y ganancias por planes de incentivo al desempeño. Podría ocurrir, también, que el despido no sea viable debido a que el ejecutivo puede no estar ya laborando en la empresa. Incluso, puede existir reticencia de la compañía a adoptar este tipo de medida debido a que puede implicar un reconocimiento de la falta cometida,

reconocimiento que puede ser negado incluso después de condenada y pagada la multa.<sup>425</sup>

Debe tenerse en consideración, también, que en empresas muy atomizadas en su composición accionaria, el control real de la compañía lo posee la alta administración más que los dueños o accionistas. De hecho, puede que incluso en caso de multa a la compañía el costo para los numerosos accionistas no sea de gran magnitud, lo que afecta negativamente los incentivos para el control de la gerencia por parte de los accionistas.

Las medidas “ex ante” y “ex post” para controlar y lograr una predisposición de los integrantes de la compañía para cumplir con la legislación de libre competencia pueden ayudar, pero, en definitiva, no ser suficientes. Ante tal situación, la amenaza de imposición de sanciones a los individuos detrás de la empresa que cometió la infracción puede ser una solución.

b) Las sanciones a los individuos podrían ayudar a solucionar el problema de la imposibilidad de imponer sanciones muy altas a las empresas

Hay que tener presente que las sanciones a las empresas para disuadir o desestimular la comisión de infracciones no siempre serán suficientemente altas dado los beneficios que las compañías esperan de la comisión de la infracción, descontado por la probabilidad de detección y condena.

---

<sup>425</sup> Sobre este argumento ver a Whelan (2007, p.24), a Wils (2002, pp. 207-210) y a Polinsky y Shavell (1993).

Tres son las causas de por qué la sanción que sería adecuado imponer a una empresa puede ser excesivamente alta y, por ende, insuficiente para disuadir.

La primera causa de la imposibilidad de imposición de una sanción que siendo disuasoria resulta muy alta, radica en que ésta puede superar el techo o máximo admisible por ley.<sup>426</sup> Esto puede ocurrir independiente de si, por ejemplo, la sanción de multa está formulada en términos de una multa máxima o de una multa basada en un porcentaje de la facturación de la empresa.

La segunda causa dice relación con la superación de la capacidad de pago del infractor. En efecto, el hecho de que las compañías hayan tenido ganancias derivadas, por ejemplo, de una conducta colusoria de fijación de precios, no les garantiza tener la capacidad económica para pagar la mínima multa requerida para el logro de una disuasión efectiva. Podría ocurrir que las ganancias obtenidas no hayan sido suficientes para pagar la multa impuesta, o que habiendo existido ganancias suficientes, éstas se hubieren gastado o dilapidado. Debe considerarse que si efectivamente se impone una multa mayor que la capacidad de pago, la empresa caerá en insolvencia y, eventualmente, en quiebra. Esta situación presenta costos sociales. No sólo dejará de existir un actor relevante en el mercado, sino que dicha situación afectaría negativamente a los trabajadores, proveedores, clientes y acreedores.<sup>427</sup> Como lo hace notar Wils (2002, p.205), “[d]ebido al costo social de una quiebra, lo más probable que suceda es que no serán impuestas multas altas, sino unas bajas correspondientes a la capacidad de la firma para pagar. De

---

<sup>426</sup> Ver a Whelan (2007, p.27) y a Wils (2002, pp.202-203).

<sup>427</sup> Wils (2002), p.211.

hecho, (...) tanto la Comisión Europea como el Departamento de Justicia de Estados Unidos toman en cuenta la capacidad de pago cuando deben fijar el monto de las multas. Pero, esto significa que las multas realmente impuestas terminan siendo menores que aquellas requeridas para disuadir” .

La tercera causa de por qué puede resultar inviable la imposición de multas que, aunque idóneas para disuadir, sean demasiado altas, se funda en que éstas superarían lo admisible desde el punto de vista de la justicia y proporcionalidad. Recuérdesse que, en apartados anteriores, se explicó que la eficacia de una sanción (dada por su aptitud para disuadir) podía romper con la debida proporcionalidad del sistema de sanciones, lo cual descansa en un sentido de justicia.<sup>428</sup>

La consecuencia de la imposibilidad de imponer sanciones que disuadan, pero que resulten demasiado altas, es la imposición de sanciones a los individuos. En efecto, al fijarse, por ejemplo, una multa a los altos ejecutivos y directivos de una compañía se podría suplementar la multa impuesta a la empresa y que, por lo explicado, no siempre será lo suficientemente alta.

c) Las sanciones a los individuos pueden fortalecer el compromiso moral de las personas a respetar la ley

En los capítulos segundo y quinto de este trabajo se destacó que las empresas e individuos no siempre son maximizadores de utilidades que dirigen su acción a la satisfacción de su propio interés. Se señaló que, a veces,

---

<sup>428</sup> Ver parte final del apartado “3.2., a)” del presente capítulo.

las personas y empresas tienen la disposición de comportarse de una manera responsable y respetuosa de las normas.

Precisamente, una de las ventajas de las sanciones a los individuos radica en que el poder expresivo y pedagógico de la ley se hace más patente,<sup>429</sup> reforzando, de esta manera, la predisposición de los involucrados a respetar la ley.

Habiéndose justificado la necesidad de sanciones a los individuos que actúan por la compañía infractora, en el apartado siguiente se expondrán las razones de por qué podría ser necesario que la sanción a los individuos sea una pena de prisión.

## 6.2. Justificaciones para la imposición de la pena de prisión a los individuos

Como primer punto a ser subrayado, debe señalarse que las razones para la aplicación de sanciones a los individuos sirven de justificación para la imposición de la pena de prisión. En lo que sigue, por lo tanto, se intentará razonar sobre la idoneidad de la pena de prisión como la sanción preferible a ser aplicada a los individuos.

Como primer argumento a tener en consideración aparece, nuevamente, el problema de la imposibilidad de aplicar multas, que siendo idóneas desde el punto de vista disuasorio, resulten demasiado altas para poder ser aplicadas. Es cierto que este tipo de problema podría, eventualmente, ser solucionado con una multa a los individuos. Sin embargo, podría darse el caso que nos encontremos ante el mismo

---

<sup>429</sup> Respecto del rol “expresivo” de la ley ver a Morgan y Yeung (2007, p.6), así como también a Sunstein (1996).

inconveniente, pero, esta vez, respecto de los mismos individuos. A diferencia de la multa, la pena de prisión no genera el problema indicado.

Un segundo argumento dice relación con la potente aptitud disuasoria de la sanción de prisión, la cual, bajo cualquier parámetro, resulta dramáticamente costosa para el ejecutivo o empleado de una compañía.<sup>430</sup>

Una tercera razón de por qué una sanción privativa de libertad puede justificarse se refiere a su capacidad para dar solución al problema de la indemnización. En efecto, puede suceder que ante la amenaza de multa o frente a una multa efectivamente impuesta a los individuos por los cuales actuó la compañía infractora, la misma empresa los indemnice, eliminando el costo monetario personal para estos y, por ende, el efecto disuasorio esperado.<sup>431</sup>

Como cuarta, mas no menos importante justificación, es posible sostener que una pena privativa de libertad conlleva un fuerte mensaje moral y estigmatizador, lo cual permite satisfacer de manera clara la función retributiva y denunciatoria de las sanciones. El ilícito de colusión, infracción a la que se le aplica este tipo de sanción (cuando ésta está contemplada), es uno que reviste una especial gravedad, poseyendo una fuerte carga de desvalor. De hecho, este ilícito es globalmente considerado como el más perjudicial y grave de todas las infracciones a la libre competencia.<sup>432</sup>

---

<sup>430</sup> Whelan (2007), p. 30.

<sup>431</sup> Wils (2002), p. 220.

<sup>432</sup> Ver a Wils (2002, p. 221) y Whelan (2007, pp. 228-230).



Finalmente, Wils (2002, p.221) señala que una pena privativa de libertad podría evitar el riesgo de abuso persecutor, consistente en que una agencia pública de competencia se vea perniciosamente incentivada a incrementar el erario público por la vía de la aplicación de multas.

## **7.- Acciones y sanciones públicas y acciones privadas por daños y perjuicios**

Es posible afirmar, tal como se plantea en un documento de la OECD (2007b, p.9), que está “ampliamente reconocido que las acciones privadas para hacer cumplir la libre competencia pueden ser un importante complemento a la acción pública, pudiendo mejorar la efectividad de un régimen de competencia”. En este sentido, las acciones privadas por daños y perjuicios derivados de infracciones a la libre competencia, en especial las exitosas, significan para el infractor un costo adicional a la sanción recibida y, por consiguiente, tienen algún poder disuasorio. Esto último contribuye, en algún grado, a impedir la ocurrencia de infracciones a la libre competencia y, por lo tanto, a la mayor efectividad del sistema.<sup>433</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, no puede perderse de vista que las acciones privadas por daños y perjuicios buscan, principalmente, abordar los efectos de una violación a la libre competencia. Es decir, dichas acciones están dirigidas a lograr una debida compensación para las víctimas.

---

<sup>433</sup> El Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas (2008, p.3) sostiene que “la mejora de las normas de reparación también produciría intrínsecamente efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras infracciones y de un mayor cumplimiento de las normas en materia de competencia de la CE”.

Precisamente, el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas (2008, pp.2-3), establece como el objetivo principal de las acciones privadas la compensación o reparación de las víctimas: “[t]odo ciudadano o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (...) debe poder exigir una reparación a la parte que causó el daño. [...] La plena compensación es, por lo tanto, el principio rector más destacado” .

Habiéndose definido las funciones de las acciones privadas por daños y perjuicios, se colocará el foco en la interacción entre la acción pública para lograr la observancia de la legislación de libre competencia y las aludidas acciones privadas.

#### 7.1. Efecto de la acción de las agencias públicas en las acciones privadas

Aunque las acciones privadas por daños y perjuicios y la acción de las agencias públicas dirigidas a hacer cumplir la libre competencia son mecanismos con cierta independencia de objetivos, existe, sin embargo, interrelación entre ambos tipos de acciones. Primero, se abordarán los efectos de las acciones de las autoridades de competencia en las acciones privadas, para, posteriormente, explicar los efectos que pueden tener las acciones privadas en la labor de las agencias de competencia.

##### a) Efectos de las acciones de las autoridades de competencia en las acciones privadas por daños y perjuicios

El primer aspecto facilitador a favor de las acciones privadas que puede producirse es el efecto vinculante de la constatación y declaración de una violación a la libre competencia por parte de las cortes de justicia en los procesos judiciales por daños y perjuicios.

Esto significa que las víctimas dañadas por una infracción a la libre competencia no deberían tener necesidad de acreditar nuevamente la conducta antijurídica y culpable, sino solamente el daño y la relación causal. Esto, obviamente, dependerá de la legislación de que se trate. Como lo señala el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas (2008, p.7), “[a]lgunos Estados miembros no solicitan en absoluto este requisito como condición para reclamar la reparación de daños y perjuicios, o asumen la existencia de la conducta culpable una vez que se ha acreditado la existencia de una infracción”. De hecho, “[1]a Comisión [de las Comunidades Europeas] no ve razones para liberar a los infractores de responsabilidad por ausencia de culpa, con excepción del caso en el que el infractor cometiera un error excusable”.<sup>434</sup>

#### b) Acceso a la información contenida en los procesos infraccionales

Las acciones por daños y perjuicios que sigan a la condena por infracción a las normas sobre libre competencia pueden facilitarse si se permite el acceso de los demandantes privados a los archivos del proceso de libre competencia llevado a cabo contra el o los infractores.

---

<sup>434</sup> Comisión de las Comunidades Europeas (2008), p.7.

Como lo reconoce el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas (2008, p.5), refiriéndose al acceso a las pruebas por parte de las víctimas y a la asimetría de información existente entre los demandantes y demandados civiles, “[l]os asuntos de competencia se caracterizan por la gran cantidad de elementos factuales de que constan. Muy frecuentemente se ocultan gran parte de las pruebas clave necesarias para acreditar que se trata de un caso de daños ya que al estar en manos del demandado o de terceros, el demandante generalmente no las conoce con el suficiente detalle” .

Sin embargo, esta posibilidad no deja de ser delicada. La OECD (2007b, p.19) reconoce que las autoridades de competencia pueden facilitar las acciones privadas haciendo disponible la evidencia por ellas poseída. Sin embargo, también se advierte de la necesidad de sopesar tal colaboración con el menoscabo de la labor investigativa de las propias agencias públicas de competencia. El Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas (2008, p.5) también advierte dicho riesgo al sostener que “[s]i bien es esencial superar esta asimetría de información estructural y mejorar el acceso de las víctimas a las pruebas pertinentes, es también importante evitar los efectos negativos de obligaciones de divulgación excesivamente amplias y gravosas, incluido el riesgo de abusos” .

El aludido Libro Blanco sugiere las siguientes condiciones para la divulgación de la información contenida en los archivos del proceso (o investigación): (1) el demandante debe presentar todos los hechos y medios de prueba que estén razonablemente a su alcance; (2) el demandante debe demostrar, a satisfacción del Tribunal que, de otra manera, no puede presentar las pruebas solicitadas, haciendo todos los

esfuerzos razonablemente previsibles; (3) el demandante debe especificar suficientemente las categorías precisas de pruebas que deben divulgarse; (4) el demandante debe demostrar al tribunal que la medida de divulgación prevista es pertinente al caso, necesaria y proporcionada; y, muy importantemente, (5) se debe dar una protección adecuada a las declaraciones corporativas de los solicitantes de clemencia y a las investigaciones de las autoridades de competencia.<sup>435</sup>

c) Estímulo al pago de compensaciones voluntarias por medio de rebajas de multa, como condición por clemencia o como parte de acuerdos negociados

Fruto de una estrategia negociadora, una autoridad de competencia puede establecer como condición para arribar a un acuerdo extrajudicial o para hacer efectivo el beneficio de clemencia el pago de una compensación monetaria a las víctimas.

Como lo comenta un autor, una de las condiciones para la obtención de inmunidad que establece el Departamento de Justicia de Estados Unidos es que “en lo posible, la compañía haga restituciones a las partes dañadas”<sup>436</sup>

## 7.2. Efecto de las acciones privadas en la acción de las agencias públicas

Para la Comisión de las Comunidades Europeas (2008, pp.3-4), “las medidas propuestas en este Libro Blanco están

---

<sup>435</sup> Comisión de las Comunidades Europeas (2008), pp.5-6.

<sup>436</sup> Wils (2009), p.25.

concebidas para crear, en la esfera privada, un sistema efectivo de aplicación mediante acciones para la reparación de daños que complementen, pero no sustituyan ni pongan en peligro, la aplicación pública” .

Explicitando claramente la tensión existente, la OECD (2007b, p.19), ha reconocido que “existe preocupación, en particular, acerca de la interacción entre acciones privadas por daños y programas de clemencia” . En efecto, en el mismo documento se advirtió que “virtualmente todos los participantes enfatizaron que las acciones privadas por daños no debieran crear un desincentivo para que las firmas postulen a [programas de] clemencia, reduciendo, por consiguiente, la efectividad de [estos] programas” .

En el documento de la OECD (2007b, p.19) se sostiene que “varias políticas pueden ser consideradas para minimizar el riesgo de que la amenaza de litigación privada pudiera disminuir los incentivos para postular a clemencia. Éstas incluyen, por ejemplo, limitar la responsabilidad en acciones privadas por daños de los postulantes a clemencia. Pero si fuera necesaria una limitación a la exposición de daños privados para incentivar la postulación a [programas] de clemencia, también se reducirían los efectos disuasorios de las acciones privadas. No hay consenso acerca de cómo resolver de la mejor manera esta disyuntiva” .

Respecto de la eventual necesidad de limitar la exposición al pago de perjuicios por daños derivado de acciones judiciales privadas, Wils (2009, p.31) sugiere que aquello no es necesario para el efectivo funcionamiento de un programa de clemencia. El fundamento de la aseveración anterior, según el autor, radica en que para incrementar el atractivo de un programa de clemencia siempre será posible

incrementar la severidad de las sanciones. Finalmente, dicho autor recuerda un argumento adicional para no consagrar una limitación: la injusticia de privar a las víctimas, total o parcialmente, de la posibilidad de su derecho subjetivo a reclamar compensación por el daño que se les hubiera causado por la comisión de una infracción a la libre competencia.





## CAPÍTULO 9

### DISEÑO Y TÉCNICA NORMATIVA

La ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia no sólo depende de la influencia del entorno global o cultura de la competencia, o del diseño externo e interno de las instituciones u organismos encargados de hacer cumplir la legislación, o de las estrategias y herramientas de promoción, de negociación y de sanción, sino que también, a un nivel más específico, de la claridad y grado de precisión en la redacción de las normas jurídicas, así como de la oportunidad o momento del tiempo que se puede elegir para controlar comportamientos no deseados desde el punto de vista de la libre competencia.

#### 1.- Diseño de la norma en cuanto a su redacción

¿Cuál es el grado óptimo de precisión con que deben ser redactadas las normas que buscan prohibir aquellas conductas indeseables para la libre competencia? La respuesta a la interrogante planteada dependerá de las propiedades o dimensiones de una norma que quieran ser resaltadas.

##### 1.1. El grado de precisión de las normas y las dimensiones de las mismas

Es posible sostener, siguiendo a Diver (1983, p.67), que lo que se busca es que una norma sea fácil de ser entendida, sencilla de ser aplicada y, por último, que sea congruente con el objetivo último de la misma.

En efecto, Diver (1983, p.67) manifestó, en primer lugar, que el regulador querrá utilizar palabras con un significado bien definido y universalmente aceptado en la comunidad relevante, es decir, que sea “transparente” (inteligible), que se sepa de qué se está hablando, qué es lo prescrito. En segundo lugar, el regulador deseará que su regla o norma sea “accesible” para la audiencia a quien va destinada, esto es, que sea aplicable a situaciones concretas sin excesiva dificultad o esfuerzo. En otras palabras, se pretende que el estándar prescrito sea simple de ser aplicado o subsumido a la situación concreta. Por último, un regulador estará preocupado si el contenido sustantivo del mensaje comunicado en sus palabras produce el comportamiento deseado, vale decir, que sea “congruente” con el objetivo de política pública perseguido, para lo cual se requiere de una redacción que permita flexibilidad, esto es, que las reglas o normas admitan algún tipo de excepción o acomodo para lograr el objetivo buscado en el caso concreto.

No siempre las cualidades de transparencia (o inteligibilidad), accesibilidad (facilidad en su aplicación) y congruencia se dan en una misma norma, regla o estándar.<sup>437</sup> En el ámbito de la libre competencia, es posible percatarse de tal situación, lo que genera controversia respecto del grado óptimo de precisión que debieran tener las normas.

A modo de ejemplo, en el control de fusiones y adquisiciones existen modelos que privilegian mayores niveles de prevención y certidumbre que otros. Así, en jurisdicciones como la española se puede apreciar un sistema de control

---

<sup>437</sup> Diver (1983), pp. 70-71.

basado en la obligación de notificación previa,<sup>438</sup> para lo cual se descansa en algunos parámetros normativos (basados en el tamaño del negocio)<sup>439</sup> muy transparentes e inteligibles y, al mismo tiempo, accesibles.<sup>440</sup> Como contrapartida, este tipo de reglas tienden a sacrificar la dimensión de la congruencia, toda vez que, al ser menos flexibles, arriesgan dejar de lado

---

<sup>438</sup> El artículo 55 sobre notificación de concentración económica establecido por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, de España, manifiesta que “1. El procedimiento de control de concentraciones económicas se iniciará una vez recibida en forma la notificación de la concentración de acuerdo con el formulario de notificación establecido reglamentariamente. [ ] 2. Con carácter previo a la presentación de la notificación podrá formularse consulta a la Comisión Nacional de la Competencia sobre: a) si una determinada operación es una concentración de las previstas en el artículo 7, [y] b) si una determinada concentración supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el artículo 8” .

<sup>439</sup> El artículo 8, a su vez, sostiene que “[e]l procedimiento de control previsto en la presente ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes: a) Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incrementara una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. [ ] Quedan exentas del procedimiento de control todas aquellas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. [ ] b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros” .

<sup>440</sup> De destacarse que las normas propiamente inteligibles y accesibles son aquellos parámetros referidos al volumen de negocio y no tanto aquellos que hacen alusión a una cuota de mercado. Este último tipo de regla exige una determinación previa de cuál es el mercado relevante, algo no siempre sencillo que puede requerir muchos datos, así como la aplicación de parámetros económicos no siempre claros.

operaciones que ameritan un profundo escrutinio desde el punto de vista de la libre competencia.

En contraste, modelos de control de fusiones que carecen de un sistema de notificación previa y que descansan en el análisis de operaciones de concentración sobre la base de estándares generales y poco claros pueden llegar a resultados congruentes, pero a costa de severas limitaciones en cuanto a inteligibilidad y accesibilidad.<sup>441</sup> Este es el caso de Chile, cuyo control de fusiones se basa en una exclusiva norma legal que señala que “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.<sup>442</sup>

Normas de textura amplia como la citada en el párrafo anterior permiten que la autoridad pueda tomar una decisión con amplia flexibilidad (y discrecionalidad), pudiendo aplicar al caso concreto herramientas no sólo legales, sino también económicas. Este tipo de evaluaciones muchas veces son

---

<sup>441</sup> Aunque esto es más evidente en los casos de modelos de control de fusiones carentes de un sistema de notificación previa, en aquellos países en que esto último existe, como España, también se suelen establecer parámetros carentes de suficiente inteligibilidad y accesibilidad. El artículo 57.2.c) es un ejemplo de lo recién explicado al prescribir que se puede acordar iniciar la segunda fase del procedimiento de control de concentraciones cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia “considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional”.

<sup>442</sup> Artículo 3º, DL N°211.

complejas y requieren de tiempo y esfuerzo por parte de los involucrados.

Lo ilustrado precedentemente demuestra que existen redacciones normativas que son más transparentes y accesibles que otras y, por ende, más fáciles de ser observadas o cumplidas por los regulados. No obstante, también es posible constatar que lo que se gana en transparencia o accesibilidad se puede perder en congruencia y, viceversa, pudiendo generarse, en definitiva, una disyuntiva.

## 1.2. Reglas de decisión o análisis jurisprudenciales

La tensión que existe entre diferentes propiedades o dimensiones de las reglas o normas jurídicas (léase, por ejemplo, inteligibilidad y accesibilidad versus congruencia), también puede apreciarse respecto de las reglas o estándares de evaluación y decisión que realizan los órganos jurisdiccionales (o aquellos quienes deben adoptar las determinaciones).<sup>443</sup>

¿Cuál debiera ser la regla, estándar o parámetro para definir la línea entre lo permitido y lo prohibido en el ámbito de la libre competencia? A este respecto existen, básicamente, reglas o aproximaciones: la “regla per se” y la “regla de la razón”.

---

<sup>443</sup> Siguiendo la lógica de Kaplow (1992, pp.559-560), las reglas de evaluación y decisión realizadas por la judicatura o por quien tiene la función de adjudicación son propiamente estándares, a diferencia de las reglas propiamente tales, las cuales corresponden a aquellas formuladas por el legislador o regulador. En efecto, y tal como lo plantea el autor recién aludido, cuando a una norma se le da un contenido previo o anterior a la actuación de los individuos se está en presencia de una regla. En contraste, cuando el contenido es posterior a la actuación de los individuos es preferible hablar de estándares.

La “regla per se” hace referencia a aquellas situaciones en las cuales se presume que una conducta es incompatible con la libre competencia, no admitiéndose excepciones o justificaciones derivadas de un análisis profundo y acabado del mercado. Cuando existe suficiente indicio acerca del potencial efecto anticompetitivo de una conducta, se da lugar, bajo este tipo de regla, a una presunción no rebatible del carácter anticompetitivo de la conducta.<sup>444</sup>

La “regla de la razón”, por el contrario, constituye un parámetro o estándar de decisión en virtud del cual una conducta será considerada anticompetitiva o no sólo luego de un profundo análisis de su efecto en el mercado y de las posibles justificaciones económicas. Bajo la “regla de la razón” una conducta que aparentemente puede, en una primera mirada, ser ilegítima, luego de un examen acabado del mercado puede devenir en legítima, dado los beneficios de eficiencia con que favorece o puede favorecer al mercado.<sup>445</sup>

La “regla per se” denota la idea de que el costo de identificar excepciones a la regla general es muy superior al costo de, ocasionalmente, condenar una conducta que podría ser aceptable ante una evaluación exhaustiva. Como se plantea por Gavil, Kovacic y Baker (2008, pp.104-105), “las reglas per se han sido largamente justificadas sobre la base de que ciertas clases de conducta han demostrado ser tan probablemente

---

<sup>444</sup> Gavil, Kovacic y Baker (2008), p.104.

<sup>445</sup> En general, bajo la “regla per se” el demandante no tiene que probar los efectos anticompetitivos de la conducta (ni, por ende, realizar un análisis de mercado profundo). Igualmente, como se dijo, no se admiten defensas de eficiencia. Por el contrario, la utilización de la “regla de la razón” implica realizar un análisis costo - beneficio de la conducta, para lo cual se requiere un profundo entendimiento de los efectos de la conducta en el mercado.

anticompetitivas que el tiempo gastado considerando defensas sería tiempo botado a la basura. Desde el punto de vista de la conveniencia administrativa y de la eficacia judicial, por lo tanto, la búsqueda del caso excepcional [...] no compensa el costo de investigación. También, se ha argumentado que las reglas per se proporcionan una guía no ambigua para las cortes y la comunidad de negocios” .<sup>446</sup>

Tal como puede apreciarse de las explicaciones recién anotadas, las reglas jurisprudenciales analizadas, al igual que las reglas legales, pueden ser más o menos congruentes, accesibles e inteligibles. En el caso de las “reglas per se” es posible argüir en favor de su inteligibilidad y accesibilidad, es decir, se trata de un estándar de decisión claro y específico y, por lo mismo, más fácil de entender y de ser aplicado al caso concreto. Por el contrario, el mencionado tipo de regla presenta una limitación en lo relativo a la congruencia, con lo cual la posibilidad de adoptar decisiones erróneas tiende a incrementarse, aunque sea en el margen. En el caso de la utilización de la “regla de la razón”, la mayor profundidad de análisis (independiente de los costos involucrados) hace presumir la minimización de errores consistentes en castigar al inocente o en absolver al culpable.

---

<sup>446</sup> Gavil, A.I., Kovacic, W.E. y Baker J.B. (2008), pp.104-105. Los mismos autores, citando un pasaje de una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos (Northern Pac. Ry. Co v. United States, 356 U.S.1,5 , 1958), resaltan la ventaja administrativa que implica la adopción de una “regla per se” : “[la regla per se] evita también la necesidad de una investigación económica increíblemente complicada y prolongada de la industria entera involucrada, así como de las industrias relacionadas, en un esfuerzo para determinar si una determinada restricción no ha sido razonable -una pesquisa tan a menudo inútil cuando ha sido llevada a cabo” .

### 1.3. Implicancias o costos de las diferentes opciones en cuanto al grado de precisión de una norma, regla o estándar

Teniéndose parcialmente como base los esquemas analíticos propuestos por Posner (1992, pp.542-547), Diver (1983, pp.73-74), y Beckner y Salop (1999, p.75), es posible distinguir ciertos impactos o costos derivados del diferente grado de precisión que puede tener una regla o estándar (tanto a nivel legal como jurisprudencial). Así, pues, se pueden mencionar (a) los costos que generan los errores; (b) los costos de administrativos; (c) los costos relativos a la formulación de la regla; y (d) los costos (o beneficios) referidos al grado de cumplimiento de la norma. Los recién mencionados impactos o costos se desarrollarán a continuación:

#### a) Costos que generan los errores

Por un lado, la mayor precisión en términos de inteligibilidad y accesibilidad de una regla (legal o jurisprudencial) puede significar, como se verá más adelante, un menor costo de administración de la misma y, eventualmente, una mayor tasa de cumplimiento voluntario. Pero, por otro lado, una mayor inteligibilidad y accesibilidad (propio, en general, de reglas legales y jurisprudenciales claras y específicas) puede implicar un mayor grado de inflexibilidad, lo cual podría atentar contra una certera inclusión de todos los casos que ameriten ser abordados. En otras palabras, habría menor nivel de precisión en términos de congruencia.

En este último sentido, una aproximación jurisprudencial que, por ejemplo, descansa en la “regla de la razón”, intentará, por la vía de un más profundo análisis del mercado, abordar toda la complejidad (informativa y económica) de un



ejercicio dirigido a minimizar la existencia de errores. Una resolución errónea, para estos efectos, puede consistir en declarar culpable al inocente (falso positivo o error tipo 1) o en absolver a quien es culpable (falso negativo o error tipo 2).

Los errores tipo 1 y tipo 2 conllevan costos. ¿Cuáles son los costos de los falsos positivos o errores tipo 1? Si una conducta pro-competitiva o neutra es condenada como anticompetitiva, la economía perderá la posibilidad de que se hubieren generado eficiencias. Adicionalmente, muchas empresas que estuvieren hoy o en el futuro considerando llevar a cabo conductas similares podrían verse disuadidas de hacerlo. ¿Cuáles son los costos de los falsos negativos o errores tipo 2? Si no se le pone atajo a una conducta anticompetitiva, la economía se verá dañada y muchas empresas que estuvieren hoy o en el futuro considerando llevar a cabo conductas similares pueden verse estimuladas a hacerlo. Es más, junto al daño a la economía, una baja cantidad de condenas debido a errores tipo 2 podría requerir incrementar los siempre escasos recursos públicos (y privados) destinados a hacer cumplir la legislación.

La aplicación de una regla de mayor precisión en términos de inteligibilidad y accesibilidad, como podría ser un estándar jurisprudencial basado en la “regla per se”, corre el riesgo, como se advirtió, de provocar un mayor nivel de errores, los cuales tenderán a ser de uno u otro tipo según el nivel de exigencia probatoria que contenga la norma a ser aplicada. En efecto, una “regla per se” puede servir para absolver o para condenar de manera más fácil sin tener que entrar en los vericuetos propios de una evaluación completa de la realidad del mercado en el caso concreto. Si el estándar probatorio para condenar es más alto, se incrementa el riesgo

de cometer errores tipo 2 (falsos negativos), es decir, de que se absuelva a quien es culpable. Por el contrario, si el estándar probatorio es menos exigente (más bajo) para dar por acreditado el ilícito de libre competencia, entonces lo que se incrementaría sería el riesgo de cometer errores tipo 1 (falsos positivos), es decir, de que se condene a quien es inocente.

#### b) Costos administrativos

Una “regla per se” puede involucrar menores costos de administración que una investigación más completa acerca de los efectos y justificaciones de una conducta, debido a que menos evidencia debe ser descubierta y presentada que con una apreciación o investigación más expansiva.

La disyuntiva estriba en si la contribución marginal a una mayor precisión en el resultado (reducción de errores) que deriva de un proceso adicional (por la aplicación, por ejemplo, de la “regla de la razón”) puede contrapesar los costos requeridos para recolectar, evaluar y presentar información adicional, así como para aplicar razonamientos económicos complejos y no siempre aceptados.

#### c) Costos en la formulación de la norma

En el proceso de elaboración de la norma se presentan dos tipos de “costos sociales”: el costo de obtener y analizar la información acerca del impacto probable de la norma y el costo de lograr el acuerdo requerido entre los participantes en el proceso de elaboración normativa. Estos costos,

usualmente, se elevan ante formulaciones muy específicas y detalladas.

#### d) Costos de cumplimiento

La mayor precisión de una regla puede favorecer o hacer menos costosa la aplicación de una norma al caso concreto tanto desde el punto de vista del regulador (lo que ya se explicó) como del regulado. Muchas veces la simplicidad y claridad favorece el acatamiento voluntario de las normas por parte de los regulados.

Como lo plantea Hovenkamp (2005, p.54), “las empresas necesitan reglas que ellas puedan entender y aplicar con tolerable precisión. Otro costo de reglas antimonopolios ambiguas o excesivamente complicadas lo constituye el dinero que las empresas invierten en adecuar sus operaciones -a menudo ineficientemente- en orden a evitar traspasar una regla legal confusa y ambigua” .

## 2.- Oportunidad y modo de intervención legal

Para visualizar adecuadamente el diseño de la arquitectura legal en el ámbito de la libre competencia reviste importancia, también, la oportunidad y el modo de intervención del derecho.

En esta materia, resulta fundamental revisitar el trabajo de Shavell (1993), quien manifestó que la intervención del derecho puede tener lugar en diferentes momentos del tiempo en consideración a la comisión del acto y a la aparición del daño. Es así como puede diferenciarse la oportunidad de

intervención legal que ocurre antes que el acto se ejecute, después que el acto haya sido ejecutado, pero antes que se produzca el daño y, finalmente, después de aparecido el daño.<sup>447</sup>

Siguiendo la distinción recién anotada, cuando el derecho interviene antes de ejecutado el acto éste adopta la forma de una medida dirigida a impedir o prevenir la ocurrencia del mismo. Cuando el derecho interviene después que el acto se ha ejecutado, pero antes o después de que se produzca el daño, éste lo hace sancionando. Por último, cuando el daño ya ha ocurrido, el derecho se hace presente para corregirlo o repararlo.

En el ámbito de la libre competencia es posible apreciar diferentes formas de intervención del derecho distinguiendo según el momento u oportunidad de la intervención. Así, pues, cuando se pretende actuar antes de que el acto potencialmente ilegítimo se perfeccione se está adoptando una estrategia preventiva, en contraste con una de carácter represiva-sancionatoria y una de naturaleza reparadora, las cuales surgen luego que el acto ya ha sido realizado.

Como ejemplo de una aproximación legal preventiva es posible advertir el control previo de fusiones u operaciones de concentración y las medidas cautelares (y, en general, lo que se conoce como remedios o “remedies”).<sup>448</sup>

En el caso de una aproximación legal represivo-sancionatoria, y sin perjuicio de lo ya extensamente explicado

---

<sup>447</sup> Shave11 (1993), pp. 257-258.

<sup>448</sup> Como se explicará más adelante, los remedios o “remedies” pueden presentar una faz preventiva, pero también una correctiva o reparadora.

sobre las sanciones, puede ser útil, en este apartado, hacer referencia al momento en que se perfecciona el ilícito anticompetitivo desde el punto de vista del diseño de estándares sustantivos: ¿están las normas infraccionales diseñadas como ilícitos de peligro y/o de resultado?

Finalmente, en cuanto a la intervención legal luego que el daño ha ocurrido, es posible mencionar, igualmente, lo represivo-sancionador, así como la faceta reparadora. Esta última puede referirse a la reparación del daño producido en la estructura del mercado (para lo cual están concebidos los llamados remedios o “remedies” ) o a la reparación de las víctimas. Sobre la reparación a las víctimas nos limitaremos a lo mencionado sobre las acciones civiles (privadas) por daños y perjuicios.

## 2.1. Intervención legal antes de la ocurrencia del acto (1): control previo de fusiones

Lo normal es que en el ámbito de la libre competencia el control sea ex post, es decir, luego de realizado el acto. La principal razón para entender por qué la prevención o control previo no es la estrategia dominante radica, en palabras de Wils (2002, p.16), en que “sería completamente impracticable por ser excesivamente costosa. Imagine un funcionario antimonopolios sentado en las reuniones de directorio de cada compañía, o estando a las espaldas de cada empleado con poder de administración”. Obviamente, el ejemplo es exagerado. No obstante, por las razones que se explicarán, tanto para los acuerdos anticompetitivos como para los casos de abuso de posición dominante el control previo no parece ser la estrategia más sensata para hacer cumplir la ley. No así, en el caso del control de operaciones de fusión anticompetitivas

o que impongan un riesgo significativo de distorsión o restricción de la libre competencia en los mercados.

Lo normal, como se señaló, es que en el ámbito de la libre competencia el control sea “ex post”, es decir, luego de realizado el acto. No obstante, existen razones, más allá de aquellas consideraciones derivadas de distinciones entre estrategias de promoción, negociación y sanción, para justificar la utilización de controles previos o preventivos. Las razones para la existencia de mecanismos de revisión previa que constituyan una alternativa o complemento a sistemas de cumplimiento “ex post” (represivo-disuasorios) descansan, en general, en las mismas limitaciones del recién aludido mecanismo.

a) Limitaciones de un control posterior (represivo-disuasorio)

Las limitaciones de un mecanismo represivo-disuasorio o “ex post” dicen relación, en primer lugar, con la disponibilidad de sanciones lo suficientemente altas para disuadir. En efecto, mientras más rentable sea cometer una infracción y más costosos y dificultosos sean los procedimientos, más probable es que la magnitud de las sanciones requeridas para disuadir excedan los límites naturales, políticos o culturales.<sup>449</sup>

En segundo lugar, puede existir una limitación derivada del restringido conocimiento que los actores del mercado puedan tener acerca de lo que manda, prohíbe o permite la ley. En este sentido, puede que los mecanismos de asesoría legal

---

<sup>449</sup> Wils (2002), p. 94.

privada, así como la provisión de información pública ( “advocacy” o promoción) no sean suficientes.<sup>450</sup>

Finalmente, hay que tener en consideración el costo de “enforcement” , es decir, el costo de llevar adelante la acción persecutoria en contra del presunto infractor constituye una limitación o desafío propio de un control posterior.<sup>451</sup>

b) Condiciones generales para que un control previo sea una alternativa o complemento de un control posterior

Considerando las limitaciones previamente expuestas, para que un control previo constituya una alternativa o complemento a las acciones represivo-disuasorias se requiere de ciertas condiciones.

Siguiendo en esto a Wils (2002, pp.91-99) y a la OECD (2005b, pp.2-3), es posible sostener, en primer lugar, que un mecanismo preventivo para hacer cumplir la ley sería una alternativa o complemento válido si la autoridad que lleva adelante la revisión previa es capaz de distinguir, con una baja tasa de error, entre aquellas acciones que violarán aquellas prohibiciones sustantivas y las que no. Para tal efecto, el proceso de revisión de concentraciones, situación que se utilizará como ejemplo y base de análisis, debiera permitirle a la autoridad de competencia obtener suficiente información para evaluar los efectos de una fusión en la competencia.

---

<sup>450</sup> Wils (2002), p. 94.

<sup>451</sup> Wils (2002), p. 95.

Asimismo, en segundo lugar, este proceso de revisión previa debiera ser rápido e implicar costos razonables de administración. Siguiendo el ejemplo y directriz recién indicada, un control previo de fusiones debiera, en primer lugar, tener jurisdicción solamente sobre aquellas fusiones que tienen un nexo apropiado con su país.

En tercer lugar, un control previo de fusiones debiera establecer requerimientos de información razonables que sean consistentes con un efectivo control de fusiones.

En cuarto lugar, el tipo de control previamente mencionado debiera contar con procedimientos que busquen asegurar que aquellas fusiones que no generan preocupación en términos de la libre competencia sean objeto de una revisión y autorización expedita.

En quinto lugar, un control previo debiera utilizar un criterio claro y objetivo para determinar cuándo una fusión debe ser notificada o en países sin requerimientos de notificación obligatoria, si éstas califican para revisión. Para tal efecto, la definición del umbral resulta esencial y, en este sentido, no sólo debiera proporcionar grados suficientes de certidumbre a los regulados, sino, también, generar una abordable carga administrativa para el regulador. Por ejemplo, si éstos se establecen en un nivel muy bajo, la cantidad de notificaciones a ser revisadas podría ser administrativamente inabordable para la autoridad. Desde otro punto de vista, umbrales que, por ejemplo, impliquen la definición de un porcentaje del mercado relevante, provocarán la necesidad, tanto para el regulador como los regulados, de invertir esfuerzo en su determinación.<sup>452</sup> En otras palabras,

---

<sup>452</sup> La determinación de cuotas de mercado exige un análisis relativamente profundo del mercado, lo cual implica tiempo, esfuerzo y,



los umbrales para la determinación de los requerimientos de notificación previa debieran ser simples y claros.<sup>453</sup>

Igualmente, en sexto lugar, para constituir una alternativa o complemento conveniente de un mecanismo represivo-disuasorio el sistema de revisión previa debiera ser obligatorio, vinculante y definitivo.<sup>454</sup> Es decir, el sistema de revisión previa debiera ser efectivo y, al mismo tiempo, lograr razonables niveles de predictibilidad para los regulados.

Por último, en séptimo lugar, debe señalarse que a las condiciones reseñadas con anterioridad deben agregarse consideraciones distintas a la promoción de valores como la efectividad y eficiencia. En efecto, la transparencia y la justicia procedimental también tienen que tener cabida. En el primer caso, resulta importante la transparencia de las políticas, prácticas y procedimientos involucrados en la revisión, así como la identificación de los estándares sustantivos de revisión y las bases de cualquier decisión adversa. Y, en el segundo caso, las partes que pretenden fusionarse debieran ser informadas de los fundamentos de una eventual decisión adversa, de modo de poder expresar su visión. En el mismo sentido, debiera existir algún mecanismo de revisión de la decisión que se adopte por parte de un órgano distinto, en particular si ésta es negativa para las

---

al final, un resultado con algún grado de incertidumbre dado lo a veces complejo del ejercicio.

<sup>453</sup> Por ejemplo, umbrales basados en el tamaño de la compañía o compañías, o de la operación.

<sup>454</sup> La aspiración por tener un mecanismo de revisión previa obligatorio implica el respaldo de sanciones en caso de incumplimiento. Es decir, la obligatoriedad tiene que poder dar lugar, necesariamente, a un control postrero o represivo.

empresas. Finalmente, debiera permitirse la posibilidad de que terceros puedan hacer valer su opinión respecto de la transacción propuesta.

c) Justificación de un control previo de fusiones u operaciones de concentración

Tal como se manifestó con anterioridad, el control previo se justifica, en particular, respecto de las fusiones y, en general, de las operaciones de concentración. Esto se explica, precisamente, si se tienen en consideración las limitaciones de las acciones disuasorio-represivas. En efecto, puede señalarse, en primer lugar, que las sanciones disponibles pueden no ser suficientemente altas en atención a los beneficios que para las partes puede reportar una operación de concentración, así como al relativamente escaso disvalor asociado a estas conductas, en especial en comparación con conductas colusorias y abusos de posición dominante.

En segundo término, los requerimientos de información para los actores y para la autoridad de competencia pueden ser menos demandantes que los otros tipos de infracciones. Según Wils (2002, p.98) esto ocurre debido, fundamentalmente, a la naturaleza estructural no continua de este tipo de conducta,<sup>455</sup> unido al beneficio de no ser la información completamente pública.

---

<sup>455</sup> Una operación de fusión analizada en forma previa a su concreción y posterior funcionamiento es más fácil de ser escrutada (desde el punto de vista de los requerimientos de información) que una acción que impacte de manera más concreta y continua al mercado, como ocurre cuando se evalúa, por ejemplo, si se ha cometido o no una infracción por abuso de posición dominante o por colusión.

Un tercer y final argumento para aseverar que un control previo es más afín con operaciones de concentración que con otras típicas conductas anticompetitivas radica en los costos administrativos. Es indudable que un sistema de control previo irroga costos administrativos que pueden no ser triviales, sin embargo, uno bien diseñado tiene la potencialidad de ser más barato que un control posterior persecutorio - sancionatorio.

## 2.2. Intervención legal antes de la ocurrencia del acto (2): remedios

Los remedios, en términos generales, son medidas dirigidas a “curar, corregir, o prevenir conductas ilegales”.<sup>456</sup> En un sentido similar, el abogado del U.S. Department of Justice al proponer el acuerdo en virtud del cual se puso fin al caso United States v. Microsoft observó que “en libre competencia un remedio ... debe hacer cesar la conducta ofensiva, impedir su recurrencia, y restaurar la competencia. Impedir la recurrencia debe involucrar pasos proactivos para abordar conductas de similar naturaleza. Restaurar [la libre competencia] requiere de alivios prospectivos para [remediar] la competencia perdida y puede involucrar acciones que impliquen colocar en desventaja al infractor de la libre competencia o favorecer a sus rivales”.<sup>457</sup> Como es posible apreciar, los remedios tienen una funcionalidad múltiple. Éstos tienen un sentido corrector o restaurador de la competencia, pero, de igual manera, pueden revestir una faceta preventiva o de anticipación protectora de

---

<sup>456</sup> OECD (2008b), p. 2.

<sup>457</sup> Citado por Hellstrom, Maier-Rigaud y Wenzel Bulst (2009, p. 46).

la libre competencia en los mercados. En lo que sigue, se enfatizará el aspecto preventivo de los remedios.

Cuando se hace referencia a la imposición de condiciones o a la existencia de compromisos se está aludiendo, también, a la aprobación de remedios, concepto que engloba a los anteriores.

Estas condiciones o compromisos pueden tener su origen en acuerdos negociados (administrativos), en procesos de delación compensada, en control de fusiones e, incluso, en sentencias condenatorias. En capítulos anteriores se ha hecho referencia a los compromisos con ocasión de acuerdos negociados y de procesos de clemencia o delación compensada. A continuación se analizarán algunos aspectos relacionados con los remedios en el ámbito del control de fusiones y operaciones de concentración, espacio en el que la prevención opera de manera más evidente.<sup>458</sup>

En el ámbito de las operaciones de concentración, y tal como se manifiesta en el documento de la ICN (2005, p.1), los remedios sólo debieran ser aplicados para abordar los detrimentos competitivos que se espera surjan de una fusión. La contribución clave de los remedios en el ámbito aludido consiste en permitir modificar el resultado de una fusión de modo de que se mantenga o restaure la competencia posibilitando, a su vez, el aprovechamiento de los beneficios

---

<sup>458</sup> Debe tenerse presente, sin embargo, que los tipos de remedios y los principios involucrados en la imposición de remedios en operaciones de concentración no difieren de aquellos impuestos con ocasión de la existencia de una infracción. La diferencia fundamental radica en que los primeros deben aplicarse ante situaciones de riesgo competitivo, es decir, se imponen como condición previa a la existencia del acto. No obstante, no debe desconocerse que, en un sentido más indirecto, podría sostenerse que la imposición de remedios preventivos con ocasión de una sentencia también son anteriores a la existencia de un acto futuro.

relevantes de la operación. La aplicación de remedios asume que el resultado de la fusión de que se trate será mejor que si ésta se prohibiera o se permitiera sin los resguardos propios de los remedios.

#### a) Tipos de remedios

La clasificación convencional de los remedios distingue entre aquellos estructurales y conductuales. Los remedios estructurales son generalmente aquellos que intentan restaurar la estructura competitiva del mercado. Los remedios conductuales son aquellos que se desarrollan normalmente sobre una base más permanente y que son diseñados para modificar o constreñir el comportamiento de las empresas fusionadas.<sup>459</sup>

El clásico ejemplo de remedio estructural consiste en el desprendimiento de activos de la compañía, conocido en idioma inglés como “divestiture”. Este tipo de remedio, como lo explica la ICN (2005, p.8), busca preservar la competencia en el mercado relevante luego de la fusión. Este objetivo puede alcanzarse a través de dos vías: (i) por la creación de una nueva fuente de competencia a través de la venta de un negocio o monto de activos a un nuevo participante de mercado, o (ii) por el fortalecimiento de la competencia a través de la venta a un participante del mercado ya existente independiente de las partes fusionadas.

Con respecto a los remedios conductuales, la misma ICN (2005, pp.11-12) ha sugerido clasificarlos entre aquellas medidas que facilitan la rivalidad horizontal y aquellas medidas dirigidas a controlar resultados.

---

<sup>459</sup> ICN (2005), p. 7.

En relación a los remedios conductuales consistentes en medidas que facilitan la rivalidad horizontal, se distingue entre: (i) medidas que impiden que una compañía utilice su posición de mercado (horizontal) para clausurarlo. Entre este tipo de medidas puede incluirse la prohibición de vinculaciones ( “tie in” ), ofertas conjuntas ( “bundling” ) o la celebración de contratos exclusivos y/o de largo plazo. (ii) medidas que impiden que una compañía utilice sus relaciones verticales o la extensión de su integración para distorsionar o limitar la rivalidad horizontal, en especial cuando ésta tiene el control de una instalación esencial que otras empresas necesitan para poder competir. Medidas como la obligación de proporcionar acceso a la instalación esencial y/o la regulación de precios, términos o condiciones de tal acceso. Y (iii) medidas dirigidas a cambiar el comportamiento de los compradores para estimular la competencia. Este tipo de medidas pueden incluir, por ejemplo, la utilización de procedimientos de licitación abiertos o los acuerdos de compra colectiva.

El segundo gran tipo de remedio conductual consiste en el control de resultados, el cual contempla medidas que buscan prevenir la explotación de los detrimentos competitivos derivados de una operación de fusión por la vía del control de precios o compromisos de provisión (y nivel) de servicios.

#### b) Ventajas y desventajas generales de los remedios estructurales y conductuales

Es posible sostener, en primer lugar, que los remedios estructurales tienen la virtud de eliminar rápidamente el poder de mercado que podría crearse con la fusión a través de

la creación o fortalecimiento de competidores.<sup>460</sup> Como lo manifiestan Cañizares Pacheco y Domínguez Muñoz (2008, p.183), “[c]uando las preocupaciones vienen dadas por el crecimiento relativo de una de las empresas del mercado y por la desaparición de una fuerza competitiva, el remedio estructural permite atacar directamente estos dos aspectos, limitando el crecimiento de la empresa fusionada en relación con el de sus competidores e incrementando la competencia, ya sea favoreciendo la entrada de una nueva empresa o fortaleciendo a un competidor ya establecido”. En el mismo sentido, la ICN (2005, p.7), la cual declara una clara preferencia por los remedios estructurales, sostiene que los remedios estructurales, tales como la enajenación de activos, es probable que sean más efectivos debido a que ataca directamente la causa del detrimento competitivo.

Otra ventaja de los remedios estructurales que, en segundo lugar, puede sugerirse, dice relación con el costo de su implementación. En efecto, se dice que los remedios estructurales no requieren de monitorización posterior. Una vez efectuada la desinversión, “la autoridad no necesita invertir recursos potencialmente escasos en supervisar de forma permanente el cumplimiento del remedio”.<sup>461</sup>

Como contrapartida a las ventajas recién mencionadas, es posible plantear que algunos remedios estructurales pueden ser, inicialmente, más disruptivos para el negocio de la compañía involucrada que lo que son otros remedios, pudiendo crear de inmediato ineficiencias.<sup>462</sup>

---

<sup>460</sup> OECD (2007c), p. 8.

<sup>461</sup> Cañizares Pacheco y Domínguez Muñoz (2008), p.183.

<sup>462</sup> OECD (2007c), p. 8.

Los remedios conductuales, de acuerdo a un documento de la OECD (2007c, p.8), tienen la ventaja de poder ser adaptados de acuerdo a las circunstancias particulares de las empresas involucradas y del mercado. En efecto, los remedios conductuales son flexibles y suelen ser temporales. Como lo manifiestan Cañizares Pacheco y Domínguez Muñoz (2008, p.184), “la principal virtud que presentan los remedios de conducta es que pueden ser modificados en caso de observarse que no contribuyen a la consecución de los objetivos deseados, o ante cambios en las condiciones del mercado (por ejemplo, ante una reducción de las barreras a la entrada que haga innecesario limitar la conducta de la empresa fusionada)” .

Sin perjuicio que, en general, los remedios conductuales son menos controversiales que las enajenaciones de activos, típico remedio estructural, se señalan diversas desventajas para la adopción de remedios conductuales.

Dado que una de las declaradas virtudes de los remedios estructurales consiste en su capacidad potencial para atacar directamente la concentración y el poder de mercado, es posible sugerir que una primera desventaja de los remedios conductuales consiste, precisamente, en carecer de la recién mencionada aptitud.

En segundo lugar, se sostiene que los remedios conductuales requieren, ocasionalmente, de una intervención y vigilancia continua de las autoridades de competencia y de las cortes de justicia. Como plantean Cañizares Pacheco y Domínguez Muñoz (2008, p.184), “[e]sta monitorización, que debe mantenerse durante todo el período de vida del remedio, es costosa y consume valiosos recursos de la autoridad. La imposición de remedios de conducta y la monitorización posterior de los mismos hacen que la autoridad de competencia



tenga que asumir funciones que son más propias de un regulador sectorial” .

En tercer y último lugar, se dice que los remedios conductuales, en comparación con las medidas estructurales, son más susceptibles de neutralización estratégica, minimización, o evasión por parte de a quienes se les aplican.<sup>463</sup> Cañizares Pacheco y Domínguez Muñoz (2008, p.184) explican bien la aludida crítica al indicar que “[a] menos que un remedio de conducta esté perfectamente especificado y no plantee ambigüedades posibles, la empresa sobre la que recae tiene incentivos para falsearlo, cumpliendo con la letra del remedio pero evadiendo su espíritu” .

c) Algunos criterios para identificar la aplicación preferente de remedios estructurales o conductuales

La ICN (2005, p.12) sintetiza aquellas circunstancias en virtud de las cuales un remedio conductual puede ser preferible a uno estructural. Basándose en el aludido documento, Cañizares Pacheco y Domínguez Muñoz (2008, pp.193-195) sistematizan la respuesta a la pregunta de cuándo son preferibles los remedios estructurales y cuándo los de comportamiento o conductuales. En este apartado, siguiendo fundamentalmente a los autores recién mencionados, condensaremos el tema de cuáles son algunos criterios para identificar la aplicación preferente de remedios estructurales o conductuales, lo cual, hay que partir reconociéndolo, dependerá del análisis individual de las muy diversos y a veces únicas circunstancias del caso evaluado.

---

<sup>463</sup> OECD (2007c), p. 8.

Un primer criterio para la aplicación preferente de remedios estructurales es el grado de dinamismo del mercado. En industrias caracterizadas por un alto grado de dinamismo, la flexibilidad es un valor. Por lo mismo, remedios estructurales, los cuales tienen una naturaleza irreversible, no parecen idóneos para ambientes con circunstancias cambiantes.

Un segundo criterio consiste en la facilidad de monitorización. En efecto, si se asume que los remedios estructurales son menos intensos o complejos en cuanto a la monitorización de los mismos, mientras menos facilidad exista para tal tarea menor será la conveniencia de remedios conductuales y mayor la de remedios estructurales.

Un tercer criterio radica en la existencia de integración o restricciones verticales. Problemas de competencia como aquellos que derivan de restricciones verticales o de acceso a instalaciones esenciales pueden ser remediados de mejor manera a través de la prohibición o limitación de ciertas cláusulas restrictivas o, en el segundo caso, por medio de la imposición, por ejemplo, de obligaciones de suministrar acceso en condiciones no discriminatorias, lo cual constituye un típico remedio conductual.

Un cuarto criterio deriva de la existencia de economías de escala o alcance. Las operaciones de concentración pueden generar significativas eficiencias así como riesgos de competencia. En lo que respecta a las eficiencias, es más probable que los remedios conductuales sean más compatibles que los estructurales para el aprovechamiento de las mismas.

Un quinto criterio es la ausencia de compradores adecuados. Los remedios estructurales pierden viabilidad

cuando en caso de desinversión o enajenación de activos no existen compradores o aquellos que existen no son adecuados.

Un sexto criterio dice relación con la regulación de mercado. En mercados que están sujetos a regulación sectorial las condiciones de operación ya se han alterado en relación a mercados no regulados. Esta circunstancia permite que la introducción de reglas adicionales propias de remedios conductuales sea menos traumática. Asimismo, el monitoreo de remedios conductuales puede ser delegado en las autoridades reguladoras, lo cual disminuye los desafíos en cuanto a monitoreo que presentan los ya mencionados remedios.

Finalmente, un séptimo criterio que puede proporcionarse para la identificación preferente de remedios estructurales o conductuales es la existencia de barreras de entrada y de expansión. En mercados en los que el número de operadores es reducido y en que la entrada de nuevos competidores resulta difícil, se hace particularmente peligrosa la pérdida de un actor del mercado debido a una fusión. Dado lo anterior, la desinversión o enajenación de activos, como medida estructural, permite resguardar de mejor manera la competencia.

#### d) Principios para la aplicación de remedios

En la imposición de remedios debieran tomarse en consideración ciertos criterios, parámetros o principios generales. De acuerdo a la ICN (2005, pp.3-5), documento que servirá de base para los planteamientos que siguen, los criterios para la imposición de remedios son la efectividad, los costos potenciales, la proporcionalidad, la transparencia

y la consistencia. A continuación se explicarán los aspectos esenciales de cada uno de ellos.

Un primer parámetro a tener en consideración en la aplicación de remedios es la efectividad. Para el logro de remedios efectivos debiera tenerse en consideración, en primer lugar, la necesidad de abordar todos los detrimentos competitivos esperados de una operación de fusión. Por consiguiente, dado que el impacto de los remedios es incierto, la implementación efectiva de éstos tiene que minimizar el riesgo de no abordar adecuadamente los detrimentos competitivos que los justifican. En segundo lugar, un remedio efectivo debiera ser capaz, en la práctica, de poder implementarse y hacerse cumplir. En este sentido, el monitoreo de la observancia de los mismos es de importancia. Finalmente, lo deseable es que los remedios actúen con rapidez en abordar los riesgos anticompetitivos y, por ende, no tengan un efecto sólo en el largo plazo, circunstancia en que los efectos tienden a ser más inciertos.

Un segundo parámetro dice relación con la consideración de costos potenciales. En este sentido, hay que tener presente, primeramente, que los remedios pueden tener un costo consistente en las distorsiones o ineficiencia que pueden provocar en el mercado en el cual se aplican.<sup>464</sup> En seguida, deben considerarse aquellos costos relacionados con la implementación, el monitoreo y los esfuerzos para cumplir con los remedios que se impongan. Estos costos recaen no sólo en la autoridad, sino también en las empresas objeto de las

---

<sup>464</sup> Un ejemplo que la ICN (2005, p.4) proporciona es aquel remedio consistente en la fijación de precios máximos, los cuales pueden desincentivar la entrada al mercado al crear dudas respecto de la habilidad para recuperar inversiones o para mantener la rentabilidad del negocio.

medidas.<sup>465</sup> Adicionalmente, deben considerarse dentro de los costos las eficiencias perdidas derivadas de la operación de concentración. En efecto, los remedios implican la autorización condicional de la operación (algo menos lesivo, desde este punto de vista, que una prohibición), sin embargo, las medidas que pueden imponerse pueden afectar, en parte, los beneficios de eficiencia de la fusión.

Un tercer parámetro consiste en la proporcionalidad. Un remedio proporcionado es uno cuya extensión y forma no excede aquello que es necesario para alcanzar los objetivos buscados.<sup>466</sup> Hay que considerar que la aplicación del principio de proporcionalidad puede derivar en que, ante operaciones que tengan un efecto poco significativo en el mercado, no exista remedio susceptible de ser impuesto sin pasar a llevar el aludido criterio.

Un cuarto parámetro es la transparencia. La transparencia implica que los principios y los temas fundamentales en la determinación de los remedios para el caso individual sean visibles e inteligibles para las empresas que se fusionan y, hasta cierto punto, para los competidores y los clientes. Una faceta de lo que puede concebirse como transparencia es el valor de la participación. En efecto, puede ser apropiado que las agencias de competencia consulten a los terceros y a los clientes respecto de la efectividad de los remedios. No obstante lo anterior, debe quedar claro que la transparencia no debiera significar la publicidad de información confidencial.

---

<sup>465</sup> La recolección de información útil para el monitoreo del cumplimiento de los remedios es un costo, de la misma manera que, por ejemplo, lo es la contratación de monitores externos.

<sup>466</sup> OECD (2007c), p. 8.

Un sexto y último parámetro a tener presente para la aplicación de remedios es la consistencia. La consistencia en la aplicación de remedios puede ser de utilidad para las empresas, quienes necesitan de bases confiables para tomar decisiones y manejar expectativas. Lo anterior, sin embargo, inevitablemente debe atemperarse por la necesaria flexibilidad que debe existir para abordar cada caso en su mérito.

### 2.3. Intervención legal después de la ocurrencia del acto y antes o después de haberse producido el daño: estándar infraccional sustantivo y momento en que se perfecciona el ilícito

De acuerdo al marco analítico que diferencia según la oportunidad de la intervención del derecho, se distinguió entre tres aproximaciones fundamentales: la preventiva, la represiva-sancionadora y la reparadora.

Cierto es que esta distinción no es completamente exacta, dado que una sanción puede tener una faceta represiva y también preventiva. Igualmente, los remedios pueden actuar preventivamente o bien como instrumento reparador de una situación de mercado dañada.

Sin perjuicio de lo recién anotado, con anterioridad se desarrolló lo relativo al control de fusiones y la aplicación de remedios como ejemplo de la intervención del derecho en su faceta preventiva, esto es, antes de que el acto se haya ejecutado. A continuación, nos avocaremos a un tema que refleja un momento del tiempo en que la intervención legal se produce después que el acto ha sido ejecutado y antes o después, según el caso, de que se ha producido el daño. Nos estamos refiriendo al momento en que se perfecciona el ilícito

anticompetitivo desde el punto de vista del diseño de estándares sustantivos: ¿se trata de ilícitos de peligro y/o de resultado? Esto lo visualizaremos atendiendo a uno de los ilícitos fundamentales en el ámbito de la libre competencia: las conductas colusorias.

Este tema se ilustrará atendiendo a los diferentes diseños legislativos de la infracción de colusión en España, la Unión Europea y Chile.

El artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia de España dispone en lo referido a las conductas colusorias lo siguiente: “1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, *que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: ...*” (énfasis agregado).

De una manera similar, el artículo 101 (ex 81) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dispone que “[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por *objeto o efecto* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior” (énfasis agregado).

Por su parte, el artículo 3 del DL N°211 de Chile establece que: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, *o que tienda a*

producir dichos efectos, será sancionado ...” (énfasis agregado).<sup>467</sup>

Lo que interesa destacar es que en las tres legislaciones citadas, aunque de manera más clara en la española y en la de la Unión Europea, es posible sostener que el diseño de la norma permite sancionar como infracción no sólo cuando ya se ha producido el efecto dañoso, sino también con anterioridad a que éste haya ocurrido.

Lo anterior queda de manifiesto con la interpretación de la voz “objeto” (en contraposición de la palabra “efecto”). Como lo explica Van Bael y Bellis (2005, p.69) respecto de la normativa comunitaria europea, “[u]n acuerdo puede ser restrictivo de la competencia bajo el Artículo 81(1) sea por su objeto o por su efecto. [ ] Las restricciones a la competencia por objeto son ‘aquellas que por su propia naturaleza tienen el potencial de restringir la competencia’ ”. Similar explicación es proporcionada por Capobianco (2007, p.45), quien plantea que, “[a]unque el concepto de práctica concertada presume una conducta de mercado, ésta no implica necesariamente que aquella conducta debería producir un efecto concreto restrictivo, impeditivo o distorsionador de la competencia. Por lo tanto, la Comisión no necesita mostrar que la práctica concertada tiene también un efecto en el mercado para mostrar que el Artículo 81 EC ha sido infringido. [ ] En un número de casos la ECJ [Corte Europea de Justicia] ha respaldado la visión de la Comisión

---

<sup>467</sup> A modo ilustrativo, y en especial en lo concerniente al ilícito de colusión, el inciso 2º del artículo 3 señala que “[s]e considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o *que tienden a* producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en ...” (énfasis agregado).



consistente en que, para los acuerdos, tener un ‘objeto’ restrictivo es base suficiente para encontrar que una práctica concertada ha infringido el Artículo 81 EC” .

En el caso de la legislación española y también la de la Unión Europea, el perfeccionamiento del ilícito de colusión puede ser aún anterior en el tiempo que aquel permitido bajo la legislación chilena. De hecho, Arbault y Sakkers (2007, p.747) identifican aquellas prohibiciones basadas en el “objeto” con aquellas prohibiciones “per se”, es decir, con aquellas conductas respecto de las cuales no es necesario una evaluación de los efectos de ésta en el mercado, no admitiéndose, por ende, justificaciones sustentadas en el logro de eficiencias. Este tipo de conductas en que el sólo hecho de incurrir en un acuerdo que tiene por objeto afectar negativamente la libre competencia perfecciona la infracción, puede representar un momento en el tiempo anterior a aquellos casos en que la infracción se perfecciona por sus efectos actuales o inminentes o, dicho de otra forma, con aquellos casos que, según el texto de la legislación chilena, “se tienda a producir dichos efectos” . En efecto, en el caso de la legislación chilena el grado de inminencia en consideración al efecto dañino para la competencia es mayor. La expresión “que tienda a” no exige la existencia de efectos adversos a la libre competencia, pero sí una proximidad temporal respecto de éstos.

El análisis y comparación precedente permite visualizar diferentes opciones de diseño normativo, las cuales tienen incidencia en la oportunidad en que se perfecciona el ilícito.

Para finalizar el presente capítulo y en consideración a lo manifestado en éste, se puede confirmar que una ejecución y

cumplimiento efectivo de una legislación de libre competencia depende, también, de la claridad y grado de precisión en la redacción de las normas jurídicas, así como de la oportunidad o momento del tiempo que se puede elegir para controlar comportamientos no deseados.

Con respecto a la redacción normativa o construcción jurisprudencial de las reglas es importante tener presente que mientras más transparentes (inteligibles) y accesibles sean éstas, mayor será la probabilidad de observancia de las mismas. Esto es consistente con el planteamiento de que dos de las causales que explican el incumplimiento de una norma son la ausencia de comprensión de las mismas y la incapacidad o dificultad para aplicarlas o cumplirlas. Sin embargo, debe considerarse que la transparencia y la accesibilidad no constituyen las únicas dimensiones de una norma. En efecto, también una norma puede ser redactada privilegiando la dimensión de la congruencia con el objetivo buscado, lo cual puede generar una inevitable disyuntiva. De la misma manera, la construcción jurisprudencial de reglas o estándares enfrenta una tensión similar. Es así como, por un lado, la “regla per se” privilegia la transparencia y accesibilidad, mientras la “regla de la razón” aspira a maximizar la congruencia o minimización de errores tipo 1 y tipo 2.

En términos más específicos, la manera como se redacte una regla legal o se construya una regla jurisprudencial no sólo presenta costos o beneficios referidos al grado de cumplimiento de ésta. Las disyuntivas también se hacen patentes cuando se aprecian otros tipos de costos, a saber, los costos que generan los errores, los costos administrativos, y los costos relativos a la formulación de la regla. En efecto, la mayor inteligibilidad y accesibilidad de una regla (legal o jurisprudencial) puede significar (como se

planteó previamente) una mayor tasa de cumplimiento voluntario. A lo anterior se puede agregar como ventaja un menor costo de administración y, eventualmente, un menor costo en la formulación de la misma. Sin embargo, como también ya se adelantó, una mayor inteligibilidad y accesibilidad (propio, en general, de reglas legales y jurisprudenciales claras y específicas) puede implicar un mayor grado de inflexibilidad, lo cual podría atentar contra una certera inclusión de todos los casos y circunstancias que ameriten ser abordados. En otras palabras, habría una desventaja en términos de congruencia.

Para la ejecución y cumplimiento de una legislación, como una de libre competencia, no sólo resulta relevante el diseño específico de la regla legal o jurisprudencial, sino que también hay que atender al diseño de las normas o de la estructura jurídica en cuanto a la oportunidad de la intervención legal. Es así como se distinguió entre un control previo o intervención antes de la ocurrencia del acto y un control posterior o después de la ocurrencia del acto y antes o después de haberse producido el daño.

En el caso del control previo o preventivo llevado a cabo antes de la ocurrencia del acto, se explicó, a modo ilustrativo, la ventaja o justificación del control de fusiones. Sin perjuicio de lo anterior, los remedios preventivos y las medidas prejudiciales son tipos de intervención del derecho que también se ubican en la etapa aludida.

En el caso del control ex-post o posterior a la ocurrencia del acto y antes o después de haberse producido el daño, es posible distinguir el muy importante control ejercido en virtud de estrategias de persecución y sanción, así como,

en el ámbito reparatorio y correctivo, los remedios de esa naturaleza (los cuales fueron objeto de análisis) y las acciones privadas que pretenden hacer valer la responsabilidad civil del autor de la infracción (lo cual se analizó en el capítulo octavo). Finalmente, se explicó cómo el diseño de los estándares infraccionales sustantivos refleja momentos distintos de la intervención del derecho. Esto ocurre si se tiene presente el momento en que se perfecciona el ilícito: por el sólo hecho de realizarse el acto o sólo una vez que se ha producido un efecto (y eventual daño) actual o inminente en el mercado.

## CAPÍTULO DÉCIMO

### LA BÚSQUEDA DE UN BUEN SISTEMA REGULATORIO DE LIBRE COMPETENCIA: VALORES Y DISYUNTIVAS

A lo largo de este trabajo se han dado sugerencias y mostrado opciones respecto de cómo lograr una efectiva y eficiente ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia. Sin embargo, la eficacia y eficiencia no son los únicos criterios de evaluación posibles, por consiguiente, la pregunta de cuándo se está en presencia de un buen sistema regulatorio de libre competencia no admite una respuesta categórica.

¿Cuáles son los valores o criterios que se aspira a encontrar en un sistema regulatorio y que lo convierten en uno aceptado, conveniente y legítimo? ¿Cuáles son esos parámetros en base a los cuales se suele evaluar un sistema regulatorio general? ¿Cómo interactúan entre ellos? El análisis y desarrollo de las preguntas indicadas y de otras afines que se desprenden de ellas constituye el objeto del presente acápite.

Para abordar el objetivo de avanzar respuestas a las interrogantes fundamentales expresadas precedentemente resulta útil declarar cuatro orientaciones que se han tenido en consideración. Primeramente, hay que hacer presente que cuando se está haciendo referencia a valores de justificación o legitimidad (o conveniencia en un sentido) se pretende ir más allá de la existencia de criterios constitucionales, legales o morales. Asimismo, se aspira a que en la búsqueda de respuestas estén también comprendidos otros mundos más allá del jurídico. Del mismo modo, si bien estos valores podrían ser utilizados para evaluar programas regulatorios

específicos, para los efectos de este ensayo el modelo analítico está concebido para evaluar un sistema regulatorio de libre competencia, también son útiles para analizar normas, procesos, institucionalidades o marcos regulatorios generales. Finalmente, se busca distinguir el tópico objeto de análisis de una discusión diferente como es aquella sobre la legitimidad del sistema de gobierno propiamente tal.

Como se explicará más adelante, los valores de legitimidad, aceptabilidad y conveniencia de un sistema regulatorio usualmente reconocidos en la literatura y que se utilizarán en el presente trabajo han sido comprendidos dentro de seis criterios o parámetros: la eficacia, la eficiencia, el “expertise” o conocimiento técnico, la “accountability” (control y rendición de cuentas), la justicia, transparencia (accesibilidad) y predictibilidad de los procedimientos y normas, y la fidelidad con el mandato legal.

Es posible argüir que el desafío de responder las interrogantes planteadas tiene una importancia y alcance no menor. El ejercicio de sugerir y comentar aquellos criterios cuya presencia es deseable en mayor o menor medida en un sistema regulatorio, a pesar del riesgo de simplificación, reviste interés por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, proporciona una visión panorámica que permite apreciar que la bondad de un sistema regulatorio, como uno de libre competencia, no se mide por un solo criterio.

En segundo lugar, esta visión de conjunto permite darse cuenta que los distintos criterios no son necesariamente compatibles entre sí, es decir, que una mejora dentro del ámbito de un criterio puede no ser inocua en relación a otro parámetro, lo que implica, en definitiva, la existencia de tensiones y disyuntivas.

En tercer lugar, el marco analítico aludido permite apreciar más claramente los eventuales déficit y desequilibrios existentes y sentar, de esta manera, las bases de una evaluación y eventual reforma del sistema objeto de revisión. En efecto, un determinado sistema regulatorio puede calificar bien en relación a un parámetro, pero mal respecto a otro, es decir, su justificación (legitimidad) puede descansar en unos criterios más que en otros. Ciertamente, no es necesario (y de hecho, sería difícil que ocurriera) que haya un nivel de satisfacción parejo, y, además, no puede desconocerse que existe una inevitable subjetividad en la ponderación de valores que cada uno haga, algo que algunas veces puede explicarse, entre muchos factores, por la profesión que se tenga: los abogados y los economistas tienden, en términos generales, a preferir criterios disímiles.

En cuarto lugar, posibilita la discusión sobre la base de un lenguaje común. La identificación de estos valores o criterios usualmente presentes en cualquier discusión sobre las orientaciones generales de un sistema regulatorio permiten una más adecuada evaluación y ponderación de las fortalezas y debilidades del sistema que, bajo parámetros comunes, ayuda a sentar las bases de cualquier proyecto general de reforma regulatoria. Siguiendo a Baldwin (1995), es posible advertir que existe un lenguaje que invoca ciertos valores para justificar o legitimar por qué un sistema regulatorio es bueno. Estos criterios hacen referencia a atributos relevantes presentes en las argumentaciones que versan sobre la legitimidad, justificación o conveniencia o no de determinados procesos, institucionalidades o sistemas regulatorios. Evidentemente, no todos darán preponderancia a los mismos valores, pero, como se dijo, una de las posibles

virtudes de establecer un marco de denominación común radica en “hablar un mismo lenguaje” . De hecho, cabe preguntarse cómo podría un crítico hacer un juicio sobre un marco o institucionalidad reguladora sin explicar cómo diferentes criterios de legitimidad o conveniencia interactúan entre sí y sin justificar la diferente ponderación que se le da a éstos. Se necesita, en definitiva, identificar criterios o parámetros comunes contra los cuales hacer una evaluación y, sin perjuicio que la formulación y número puede diferir, es posible estimar que bajo los seis criterios seleccionados se cubren razonablemente bien los diferentes valores justificatorios y argumentales que pueden dotar de legitimidad y apoyo a un determinado sistema regulatorio.

En la justificación de un determinado sistema regulatorio lo que resulta relevante es la evaluación o juicio general luego del examen de los seis criterios que se adoptarán, del cual puede derivarse una fuerte justificación bajo un parámetro mas no en consideración a otro. Como se espera quede manifiesto más adelante, la existencia de tensiones y disyuntivas entre los diferentes criterios es una realidad, lo que no obsta a que, en definitiva, un sistema regulatorio pueda ser más justificado, legítimo o conveniente que otro. De hecho, se estima que esto ocurrirá en la medida que a nivel agregado (habiéndose apreciado todos los parámetros en su conjunto y asumiéndose que alguna debilidad bajo uno de los criterios reconocidos puede ser más que compensado bajo otro) el sistema o marco regulatorio muestre fortaleza. En el mismo sentido, cuando la justificación bajo un criterio puede ser mejorada por una reforma que no implique debilitar la justificación bajo los otros parámetros, se estaría, en teoría, ante una propuesta de reforma sólida en términos de justificación o legitimidad. Obviamente, menos evidente será



la calificación cuando la reforma de que se trate mejore uno o varios aspectos y debilite, al mismo tiempo, la consecución de otros valores.<sup>468</sup> Aquí, y sin perjuicio que se pueda estimar que una gran debilidad o ausencia respecto de un criterio perjudica la evaluación global que se haga respecto de todos los valores (podría estimarse que bajo cada parámetro tendría que haber una fortaleza mínima), hay que rescatar, por lo menos, que las diferentes aproximaciones “valóricas” pueden ser apreciadas con la nitidez a la que contribuye un lenguaje común.

## **1.- La búsqueda de criterios o valores de legitimidad**

Una adecuada aproximación al tema de la legitimidad y conveniencia de un sistema regulatorio debiera asumir que se está ante un escenario de matices más que de opciones radicales. Como se verá más adelante, los seis criterios de legitimidad que se sugieren, mirados en forma aislada y particular, conllevan dificultades innegables. No se bastan a sí mismo, de lo que se desprende que un sistema regulatorio no puede considerarse conveniente o legítimo sobre la base de un sólo parámetro. La problemática de cada uno de los criterios refleja las tensiones o “trade offs” que hay entre ellos.

En suma, y tal como se planteara con anterioridad, los criterios de legitimidad, conveniencia o aceptabilidad elegidos deben implicar conceptos lo suficientemente expansivos para reflejar los más recurridos y relevantes valores socio-legales. Ya se señaló que para los abogados ha resultado históricamente atractivo y afín colocar el acento en valores que podrían llamarse democrático - formales en donde

---

<sup>468</sup> Baldwin (1995), pp. 47-49.

se enfatizan los conceptos de legalidad, control ( “accountability” ) y debido proceso (en términos de justicia, transparencia y predictibilidad) en virtud de los cuales se destaca la conveniencia e importancia de los medios más que los resultados de la actividad administrativa o del sistema, régimen, proceso o institucionalidad regulatoria. La visión opuesta, aquella que, en términos muy generales y simples, enfatiza más los resultados que los medios, funda el apoyo que merecería un determinado marco regulatorio en lo que podría denominarse “legitimidad sustantiva” en contraste con aquella susceptible de llamarse “legitimidad procedimental” . Como se indicará a continuación, mientras en un caso se suele justificar el apoyo a un sistema regulatorio en atención a consideraciones como el grado de apego al mandato del legislador, la justicia, transparencia y predictibilidad de procedimientos y normas, o el nivel de “accountability” o control, bajo una perspectiva distinta el nivel de apoyo, justificación y, en definitiva, legitimidad, vendrá de la mano con las posibilidades que brinda el sistema para dar cabida al “expertise” o conocimiento técnico, y a la consecución de un régimen eficaz y eficiente en su funcionamiento y resultados. Finalmente, resulta útil no olvidar que todos los criterios que se explicarán son problemáticos en algún sentido, de modo que es su fuerza acumulativa la base de su justificación.

### 1.1. Fidelidad con el mandato legislativo

La esencia de este criterio justificatorio es la fidelidad con aquello querido y mandado por el órgano legislativo, depositario por excelencia de la voluntad popular. La función legislativa desarrollada en el seno del Parlamento, fuente primaria del gobierno democrático y

representativo, tiene por este sólo hecho un fuerte respaldo de legitimidad.<sup>469</sup> La lógica subyacente indica que, en la medida en que se le otorgue preeminencia a lo mandado u ordenado por la ley, se estará ante una regulación legítima, justificable, conveniente y digna de apoyo, tanto a nivel de proceso o sistema, como de acción administrativa concreta. En consideración a este criterio, un régimen administrativo o regulatorio será legítimo en la medida que permita la actuación de la administración como “correa de transmisión” en la implementación de las directrices legislativas para casos particulares. Mientras más específica sean las prescripciones legislativas más fuerte será la justificación de legitimidad en que descansa la administración.<sup>470</sup> Como lo plantean Baldwin y McCrudden (1987, p.33), “[m]overse claramente fuera de los términos de referencia legislativos resulta en ilegitimidad”. En otras palabras, y tal como lo plantea Baldwin (1995, p.43), quien reclama apoyo sobre la base del parámetro aludido está queriendo decir “apoya aquello que está siendo hecho porque es lo que el Parlamento, la fuente de la autoridad democrática, ha ordenado”.

Este criterio o justificación no está libre de problemas. Muchos cuerpos legales le dan a las entidades administrativas o reguladoras amplia discreción para actuar. Además, la implementación de los mandatos legales requiere de interpretación. Una legislación, por ejemplo, puede ordenar al regulador proteger los intereses de los consumidores, pero puede ser silente respecto de la ponderación o balance a ser efectuado entre los intereses de los consumidores

---

<sup>469</sup> Baldwin (1995), p.43.

<sup>470</sup> En este sentido, se le atribuye valor, por ejemplo, a aquel sistema regulatorio en el cual los objetivos legislativos se encuentran claramente establecidos y son, consecuentemente, satisfechos.

industriales, domésticos, grandes y pequeños.<sup>471</sup> Igualmente, y tal como se planteó en el primer capítulo, la protección al consumidor puede traducirse en dos parámetros diferentes: el bienestar del consumidor en sentido amplio (o bienestar total) o el bienestar del consumidor en sentido estricto. Incluso cuando se establece como objetivo o mandato la eficiencia económica, es posible advertir diferentes dimensiones de la misma, las cuales pueden entrar en tensión entre sí. ¿Y si se establecen varios objetivos? Podría generarse una tensión entre ellos que, en definitiva, dificulte ser fiel al mandato legislativo.

No siempre será factible para el legislador establecer mandatos, reglas, estándares u objetivos claros y precisos, y no siempre aquello será buscado. Los parlamentos pueden no tener el tiempo ni el conocimiento técnico para avizorar y solucionar todos los problemas en forma anticipada y, de hecho, puede deliberadamente declinar hacerlo proporcionando al regulador potestades discrecionales que le permiten a éste diseñar e implementar políticas públicas.<sup>472</sup>

Para finalizar, debe aclararse que el mandato legislativo, como criterio, se refiere a la mayor o menor presencia directa de la voluntad del legislador en un sistema o marco institucional, procedimental y normativo. Esto no quiere decir que el principio de legalidad (en sentido estricto) pueda ser algo renunciable. En este sentido, creemos, debe entenderse lo aseverado por Nevado-Batalla (2004, p.99): “desde el cumplimiento del principio de legalidad pueden alcanzarse muchos, si no la totalidad, de los

---

<sup>471</sup> Baldwin y Cave (1999), p.78.

<sup>472</sup> Baldwin (1995), p.43.

objetivos que plantea la nueva cultura sobre gestión pública” .

## 1.2. “Accountability” (control y rendición de cuentas)

Este criterio versa sobre la interrogante ¿quién controla a los controladores o reguladores? Un sistema regulatorio carente de instancias de control o de “pesos y contrapesos” es usualmente visto como carente de legitimidad. Por el contrario, el hecho de rendir cuentas ante una determinada instancia o ser controlados por ésta (expresiones que pueden definir el término “accountability” ) es un elemento que puede incrementar los niveles de apoyo y aceptación, y, por ende, de legitimidad.

Este es un criterio basal para aquella perspectiva de legitimidad que refuerza los valores democráticos, formales, jurídicos y procesales en oposición a aquellos valores sustantivos y funcionales en que se destaca la preeminencia de la eficacia, eficiencia y el “expertise” como parámetros de legitimidad.

La visión tradicional ha sido ver el tema de la “accountability” o rendición de cuentas como parte de una relación principal - agente, en donde el primero delega en el segundo potestades respecto de cuyo uso debe rendir cuentas. Bajo esta relación principal - agente al interior del aparato gubernamental o administrativo, se aspira a controlar o a que se rinda cuenta sobre la fidelidad del agente ante el principal respecto de la orientación política o de políticas públicas formulada por el principal o respecto de las instrucciones (amplias o detalladas) relacionadas con la implementación de las mismas.

Este tipo de “accountability” es adecuadamente caracterizado por Mashaw (2006, pp.120-121), el cual distinguiendo entre “accountability” social, de mercado y pública, se refiere a esta última identificando tres regímenes o variantes: (i) la “accountability” legal,<sup>473</sup> (ii) la “accountability” administrativa,<sup>474</sup> y (iii) la “accountability” política.<sup>475</sup>

---

<sup>473</sup> Lo que, según el citado autor, caracteriza a la “accountability” legal es la existencia de un régimen en el cual las autoridades o funcionarios públicos son responsables ante los individuos y empresas acerca de su respeto o falta de respeto por los derechos o requerimientos legales a través de procesos de revisión administrativa o judicial, juzgados según lo dispuesto por la ley y teniendo como resultado la validación o la nulidad de los actos administrativos o públicos (y, a veces, la compensación a los privados afectados por la ilegalidad).

<sup>474</sup> La “accountability” administrativa, en su sentido estricto de especie del género denominado “accountability” pública, puede ser caracterizada por la responsabilidad de los funcionarios públicos de bajo rango ante sus superiores por su cumplimiento con las instrucciones oficiales. El proceso a través del cual este tipo de “accountability” se puede llevar a cabo y el estándar en base al cual la conducta es juzgada puede variar según la doctrina administrativa de que se trate. No obstante, y a diferencia del tipo de “accountability” legal, se trata de un proceso que tiene lugar al interior de la misma organización y que posee un carácter más que legal, de administración ( “managerial” ) y más que episódico, continuo. Finalmente, en cuanto a los efectos, los superiores tienen el poder no meramente de sancionar la acción, sino también de reemplazarla, de remover al funcionario y de rediseñar la estructura de decisiones.

<sup>475</sup> En relación a los regímenes de “accountability” política, una primera forma está referida a las elecciones. En regímenes electorales las autoridades elegidas son responsables ante el electorado por sus opciones de política pública. Esta responsabilidad se hace valer a través de las votaciones, en combinación con otros procesos políticos y partidarios de selección de candidatos, lo que puede derivar en la reelección o rechazo de dichas autoridades y, en su caso, en su sustitución. No obstante lo manifestado con anterioridad, existen regímenes no electorales de “accountability” los cuales versan sobre temas esencialmente políticos, como lo es la opción de políticas públicas que se haga, valorada según un criterio de aceptabilidad política. Por

En la reseña recién expuesta sobre lo que es la “accountability” en el ámbito público aparece de manifiesto la preponderancia de ciertos actores frente a la pregunta acerca de quién controla o ante quién se debe rendir cuenta. En efecto, se destaca, en el orden administrativo, al superior jerárquico y, en el político, a la autoridad elegida. Se enfatiza, igualmente, el control judicial por parte de las Cortes y tribunales de justicia, e indirectamente, al legislador. Igualmente, aparece de manifiesto la búsqueda de satisfacción de ciertos valores vinculados con la democracia y la legalidad formal.

Este criterio, sin embargo, no está exento de controversia. La expansión del aparato administrativo ha creado una crisis de “accountability” política, la cual es el resultado de la transferencia de autoridad democrática a administradores no elegidos o no representativos. Una línea de análisis mayor ve un problema de “accountability” en las burocracias o administraciones públicas, donde una gran mayoría de las decisiones relacionadas con la vida de los ciudadanos se llevan a cabo. El principal problema de la administración pública y de la delegación en ese contexto es que la “cadena de comando” y la estructura jerárquica que busca garantizar una “accountability administrativa” (vía la

---

ejemplo, funcionarios públicos de alto nivel deben rendir cuenta ante autoridades elegidas (usualmente de carácter ejecutivo) por el grado de fidelidad con han llevado a cabo sus funciones en relación a los compromisos políticos o ideológicos de éstos. A diferencia de la primera forma de “accountability” política aludida, el proceso en virtud del cual se verifica la rendición de cuenta no es una elección, sino que se es responsable ante el electorado de una forma más bien indirecta o mediata. Las sanciones, a su vez, no consisten necesariamente en su confirmación o reemplazo en el cargo, sino que puede implicar un simple acto de disgusto o, eventualmente, de un ostracismo de los círculos más íntimos de poder de la elite gobernante.

supervigilancia política) casi siempre se rompe. Adicionalmente, hay demasiados actores (políticos electos o burócratas de alto nivel) entre el principal (el público) y el agente (el funcionario administrativo) que formula e implementa las decisiones públicas, de manera tal que las relaciones de “accountability” o distancia entre el principal y el agente son demasiado remotas para tener algún sentido.<sup>476</sup>

Otra dificultad que puede afectar a este tipo de criterio o parámetro de legitimidad consiste en criticar la falta de competencia o conocimiento técnico cuando el control es ejercido por ciertas instituciones (como, por ejemplo, las cortes de justicia) en áreas que son especializadas.<sup>477</sup>

### 1.3. Justicia, transparencia (accesibilidad) y predictibilidad de los procedimientos y normas

A nivel de las normas y estándares sustantivos, este criterio valora la claridad en el contenido y la facilidad de aplicación que la redacción y formulación de las mismas permite. La predictibilidad que brinda una debida tipicidad de las normas es considerada un valor. Igualmente, la existencia de guías o material explicativo va en línea con lo ambicionado bajo este parámetro de legitimidad.

En cuanto a los procedimientos, este criterio valora la legitimidad de un diseño procedimental, así como la implementación del mismo, con base en el respeto de los derechos de los individuos o partes a contar con reglas

---

<sup>476</sup> Harrington y Turem (2006), pp.197-198.

<sup>477</sup> Baldwin y McCrudden (1987), p. 36.



procedimentales y procesos justos, transparentes o accesibles, y predecibles.<sup>478</sup>

Esta aspiración no sólo concierne a las partes directamente involucradas, sino a todos los individuos que puedan tener interés, en este caso, en materias de libre competencia, lo cual incluye, por ejemplo, a los agentes económicos y los consumidores. Esto se traduce en la posibilidad de los interesados (y, en su caso, de la ciudadanía en general) de poder participar en procesos administrativos o jurisdiccionales, de consulta pública, de generación de normas, o, también, en la posibilidad de recibir explicaciones o cuentas de las autoridades administrativas. En este sentido, la accesibilidad y transparencia se vincula con el valor de la “accountability” .<sup>479</sup>

---

<sup>478</sup> En lo concerniente específicamente a la transparencia, la UNCTAD (2011, p.8) reconoce que “[l]a transparencia es, en general, contribuyente importante al buen gobierno. Importantemente, la transparencia reduce la probabilidad que las partes interesadas – especialmente aquellas adversamente afectadas por una decisión [en el área] del derecho de la competencia– creen que las decisiones son sesgadas, arbitrarias o discriminatorias. (...) Decisiones discriminatorias o corruptas serán evidentes y más dificultosas de llevar a cabo una vez que procesos transparentes estén presentes” .

<sup>479</sup> Jones (1989, p.419) afirma que “la legitimidad del proceso administrativo puede ser incrementada por una percepción popular de que sus procedimientos de toma de decisiones son justos en el sentido que ellos permiten la participación de los intereses afectados” . El mismo autor complementa su afirmación resaltando que “[l]os procedimientos de consulta y participación colocarían al administrador directamente responsable [ “accountable” ] ante aquellas partes afectadas (...) . En términos generales, es por supuesto deseable que las políticas y procedimientos administrativos debieran ser fácilmente accesibles tanto para los regulados como para el público general. Esta es derechamente una cuestión de justicia [ “fairness” ] y responsabilidad [ “accountability” ]. La ciudadanía debería ser capaz de ejercer su derecho democrático a evaluar el desempeño administrativo y provocar que sus representantes realicen las modificaciones necesarias al mandato legislativo relevante.” .

No obstante el atractivo y largamente recurrido expediente de buscar en un adecuado procedimiento la fuente de legitimidad de un determinado sistema o acción regulatoria, hay que reconocer que no se está en presencia de un criterio de justificación exento de problemas. Por de pronto y muy fundamentalmente, una apropiada consideración de los procedimientos puede dar lugar a menor eficiencia y eficacia en la toma de decisiones. Por el contrario, una orientación procedimental garantista puede dar lugar a indecisión o parálisis.

Igualmente, podría argumentarse (no sin fundamento en la realidad) que la expansión de los derechos de participación más allá de cierto punto puede no ser consistente con el desarrollo y ejercicio del juicio experto, el cual requiere de cierto espacio de discreción “ técnica ” . La declarada aspiración por la agilidad de los procesos y por una litigación acotada es un reflejo de la debilidad involucrada en descansar en el criterio de justicia, transparencia (accesibilidad) y predictibilidad de los procedimientos como fuente de legitimidad, aceptación y conveniencia. Breyer (1982, p.348), conocido promotor de una orientación sustantiva de la legitimidad en que se brinden espacios para una visión experta y para una justificación no solo basada en procedimientos sino también en resultados, ha sostenido que “ un incremento en la formalidad puede significar mayor justicia o equidad al costo de velocidad y flexibilidad ” .

Finalmente, y sin perjuicio de los potenciales efectos benéficos, no debieran desatenderse ciertas distorsiones que se pueden producir en los intentos por maximizar el empoderamiento ciudadano a través de mayores grados de participación procedimental, de mayor acceso a la información, o de mayores consultas públicas. El eventual deseo de la

ciudadanía o sociedad civil por influir en la configuración y aplicación legal o administrativa de las “reglas del juego” en el mercado puede dar lugar a una especie de competencia entre diferentes sectores o grupos de interés, competencia respecto de la cual no siempre se participa en igualdad de condiciones. En efecto, muchas veces el tipo de tema y el número y grado de homogeneidad de los intereses influyen en la formación de los grupos de interés o presión que pueden, eventualmente, obstaculizar la satisfacción del interés público. Algunos serán bien organizados, informados y financiados. Otros lo contrario.<sup>480</sup>

#### 1.4. Conocimiento técnico ( “expertise” )

Algunas funciones administrativas (regulatorias), tales como las que realizan las autoridades de competencia, pueden requerir del ejercicio de un juicio experto. La libre competencia es una disciplina compleja de ser entendida y dominada y, por ende, es posible incluirla dentro de aquellas actividades que requieren, para su adecuado desarrollo, de un alto conocimiento técnico.<sup>481</sup> Las reflexiones aportadas en el capítulo primero de este trabajo pueden ilustrar lo recién manifestado.

Como lo manifiesta Baldwin (1995, p.45), “[1]a causal de justificación de los entes reguladores en base a su competencia técnica sostiene que el experto tomará la acción

---

<sup>480</sup> En el capítulo segundo de este trabajo se analizó con más detalle esta materia.

<sup>481</sup> Entre las características de esta disciplina hay que considerar que tanto el Derecho como la Economía tienen un rol en la toma de decisiones.

más apropiada dentro del área de libertad en la cual puede operar, y que su desempeño mejorará con el tiempo” .

No es casualidad que quienes abogan por determinaciones técnicas expertas aspiren a que se les proporcionen los espacios de discreción suficientes. Igualmente, resulta común que quienes valoran el conocimiento técnico breguen porque el sistema o institucionalidad cuente con mayores grados de autonomía. Asimismo, quienes remarcen el valor en comento entienden que tiene que haber un cierto acto de confianza en lo determinado por los expertos, los cuales difícilmente estarán en condiciones de comunicar efectivamente las razones de sus decisiones a personas o instancias sin la preparación técnica adecuada.

Debe tenerse en consideración, no obstante, que no siempre aquellas áreas que requieren de un alto conocimiento técnico están en mejor posición que una persona sin ese conocimiento para adoptar una decisión. Existen decisiones que tienen un carácter político más que técnico, en especial cuando se trata de decidir entre objetivos o fines de interés público que entran en conflicto unos con otros.<sup>482</sup>

El criterio aludido coloca especial énfasis en el resultado más que en el procedimiento utilizado o en los mecanismos de control previstos. En este sentido, se trata de un valor afín al de la eficiencia y eficacia, pero de uno que puede entrar en tensión y muestra debilidad bajo los parámetros democrático - jurídico - formales tratados precedentemente.

---

<sup>482</sup> Algunos de estos conflictos fueron ilustrados en el primer capítulo.

### 1.5. Eficacia

En contraste con los criterios de legitimidad democráticos-formales es posible distinguir aquellos que apuntan a los resultados. En este sentido, un criterio clave de legitimidad, evaluación o conveniencia es la eficacia.<sup>483</sup>

La eficacia apunta a la capacidad para alcanzar un resultado que, en este caso, consiste en la observancia o cumplimiento de las reglas o normas de libre competencia. En este sentido, existen opciones relativas al diseño de instituciones, de estrategias e instrumentos materiales y jurídicos, y de normas o estándares jurídicos, que permiten, en mayor o menor medida, alcanzar el resultado querido, esto es, la observancia por los regulados de los mandatos y prohibiciones establecidos en una legislación de libre competencia.

El problema con la eficacia como criterio de validación y evaluación radica en la eventual falta de claridad del objetivo o resultado que se pretende alcanzar. Para los efectos de este trabajo, el objetivo a ser alcanzado, como se dijo, consiste en el cumplimiento por los regulados de los mandatos y prohibiciones legales en un sentido formal. En otras palabras, el foco no se ha puesto en el efecto sustantivo en los mercados que deriva de la aplicación de una legislación de libre competencia, aspecto que está marcado por diferencias de fondo respecto de cuál es el objetivo último de la libre competencia y de cómo este objetivo debe conciliarse con la satisfacción de otros objetivos de interés público.

---

<sup>483</sup> Es posible sostener que la eficacia, la eficiencia y el “expertise” (los “e values”) forman una tríada que funda su aceptabilidad en un tipo de legitimidad sustantiva o por resultado.

En último término, hay que tener presente que la eficacia como valor puede, eventualmente, entrar en conflicto con aquellos valores como la justicia, transparencia, accesibilidad y consistencia en los procedimientos y normas, así como con la “accountability” y el mandato legal.

#### 1.6. Eficiencia

Un legislador o regulador puede reclamar apoyo sobre la base de su actuar eficiente en el diseño y ejecución de una legislación de libre competencia. Un actuar eficiente en el sentido indicado significa, en una primera acepción, el logro del resultado querido al menor costo posible.

Dada la escasez relativa de recursos que el Estado tiene para llevar a cabo sus tareas, el buen aprovechamiento de éstos parece ser un valor difícil de cuestionar.

Una segunda acepción del criterio en comento dice relación con la eficiencia como objetivo último de una legislación de libre competencia. En este sentido, hacemos referencia a lo manifestado en el capítulo primero de este trabajo, parte en la cual se discutió sobre las diferentes variantes de lo que puede significar la eficiencia como objetivo. Es así como se distinguió, por ejemplo, entre bienestar total y bienestar del consumidor, o entre eficiencia estática y eficiencia dinámica.

No obstante, la eficiencia como criterio no está exenta de problemas. Al igual que con el valor de la eficacia, uno de los problemas de este tipo de criterio radica en el grado de claridad del objetivo buscado (o de coherencia en caso que sean varios) en base al cual deben ordenarse los medios. En seguida, la eficiencia como objetivo en sí mismo puede tener

distintos significados o entrar en conflicto con otros objetivos de interés público, como pueden ser aquellos de carácter social o distributivo. Finalmente, el logro de eficiencia no necesariamente será compatible con los tres primeros valores explicados precedentemente.

## **2.- Opciones de diseño y criterios de legitimidad**

En el presente apartado se analizará la aplicación de los criterios de legitimidad y conveniencia ya explicados a diferentes diseños legislativos en el ámbito de la libre competencia. Es así como se identificarán las fortalezas, debilidades y tensiones existentes respecto de diferentes opciones de diseño legislativo de los parámetros de eficacia, eficiencia, “expertise” o conocimiento técnico, “accountability”, justicia, transparencia (accesibilidad) y predictibilidad de procedimientos y normas, y mandato legal. Para tal efecto, se ha realizará una distinción entre opciones de diseño institucional, diseño de instrumentos (y procedimientos) jurídicos, y opciones de diseño normativo.

### **2.1. Diseño institucional**

#### **a) Posición de una autoridad de competencia en la estructura político-administrativa del Estado**

La independencia de las agencias reguladoras representan una característica clave de un moderno gobierno regulatorio.<sup>484</sup> La actual tendencia considera que las agencias de competencia

---

<sup>484</sup> OECD (2005c), p. 72

debieran tener algún grado de independencia que les permita poder desarrollar su “expertise” o conocimiento técnico sin la interferencia o influencia indebida de instancias políticas o de empresas reguladas.<sup>485</sup>

Como se sostuvo en el capítulo tercero, el desarrollo por parte de la agencia de competencia de su capacidad técnica, elemento fundamental para el logro de eficacia en la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia, exige la presencia de espacios de discrecionalidad (y flexibilidad).

No obstante lo manifestado precedentemente, el valor del “expertise” y “eficacia” colisiona, en parte, con el valor de la “accountability”. En efecto, “la noción de independencia es paradójica, ya que una agencia está actuando siempre como agente en representación de un principal”.<sup>486</sup>

Dada la tensión existente entre valores igualmente legítimos, resulta difícil identificar un diseño institucional óptimo que permita resguardar la independencia y, al mismo tiempo, tener en consideración la “accountability”. El tema es un problema de acentos y preferencias ante opciones de legitimidad similar. No obstante, algunas de las sugerencias que pueden hacerse a este respecto son las siguientes: (1) Proporcionar a la autoridad de competencia una legislación específica que cuente con personalidad jurídica y patrimonio propio y, que por lo mismo, constituya un servicio público descentralizado sujeto a supervigilancia de alguna autoridad

---

<sup>485</sup> UNCTAD (2011), p.6

<sup>486</sup> OECD (2005c), p.72. Sobre el problema de la delegación a entidades reguladoras independientes o no mayoritarias, ver a Thatcher y Stone (2002).



ministerial, pero que no exista un vínculo jerárquico;<sup>487</sup> (2) Involucrar tanto al poder ejecutivo como al legislativo en el proceso de designación de la autoridad encargada de dirigir la agencia de competencia; (3) Designar a la autoridad superior de la agencia de competencia por un período fijo de años, prohibiéndose su remoción, excepto por causales claramente definidas;<sup>488</sup> (4) Establecer un período de duración del mandato en que éste no coincida con los períodos de elección del jefe de Gobierno o, si se trata de una autoridad colegiada, que la designación de los mismos sea por períodos distintos de modo que ésta se realice de forma parcial o gradual por gobiernos sucesivos;<sup>489</sup> (5) Asegurar la mantención de una fuente estable de recursos financieros que sea determinado anualmente o plurianualmente por el Parlamento y sujeto, en algún grado, al cumplimiento de metas públicas de desempeño fijadas por negociación con la autoridad política y sujeto a escrutinio público;<sup>490</sup> (6) Facultar a la autoridad de competencia para contratar y despedir, con algún grado de libertad, al personal de la misma, flexibilizando las restricciones o limitaciones en cuanto a las remuneraciones propias de la Administración Pública; y (7) Publicar una rendición de cuentas anual de sus actividades y sus recursos humanos y financieros.

---

<sup>487</sup> La existencia de una legislación específica puede, eventualmente, incrementar la satisfacción del criterio del mandato legal.

<sup>488</sup> UNCTAD (2011), p. 7.

<sup>489</sup> Brown, et.al. (2006), pp. 219–220.

<sup>490</sup> Además de la estabilidad en el presupuesto, es importante recalcar la relevancia (para el logro de efectividad) de que la agencia de competencia cuente con un presupuesto lo suficientemente elevado. Este es un requerimiento general para cualquier agencia, pero especialmente para agencias de competencia recién establecidas, que no cuentan con gran experiencia o que pertenecen a países económicamente pequeños. Al respecto ver lo señalado por la ICN (2006, pp. 22–26).

b) Integración o desintegración de funciones (fiscalizadoras y de adjudicación)

De los diferentes modelos de agencias de competencia que se ilustran en el Cuadro N°3 del presente trabajo, existen básicamente dos grandes categorías diferenciadas según si existe o no integración en éstas de las facultades de fiscalizar o investigar y de adjudicar o juzgar.

Es evidente que un modelo desintegrado en que existe un órgano distinto (generalmente jurisdiccional) que adjudica o juzga lo investigado por otro órgano administrativo (usualmente especializado) presenta una ventaja en cuanto al valor de la “accountability” o control. No debe desatenderse que una agencia integrada presenta riesgos que dicen relación con los eventuales sesgos que ésta puede tener en la persecución y resolución de casos sujetos a investigación previa,<sup>491</sup> los cuales pueden minimizarse con la presencia de un órgano distinto que resuelva o imparta justicia. Por lo mismo, un modelo desintegrado, además de los beneficios en términos de contrapesos ( “accountability” ), tiende a proporcionar mayores garantías procesales para las empresas reguladas objeto de investigación, persecución y adjudicación.

No obstante, debe reconocerse que lo que puede ganarse por una agencia desintegrada en cuanto a la existencia de un

---

<sup>491</sup> Los sesgos son tres. En primer lugar, el sesgo de confirmación, esto es, aquella tendencia a buscar evidencia que confirma más que desafía las propias creencias que sobre el particular se tengan. En segundo lugar, el sesgo de comprender una situación en retrospectiva y de justificar los esfuerzos pasados. Y, en tercer lugar, el sesgo de querer mostrar una alta actividad persecutoria.

mayor control o contrapeso y de resguardos procesales puede, también, significar una pérdida en términos de eficiencia administrativa. En efecto, administrativamente es menos costoso un modelo en que todas las funciones aludidas sean ejercidas por la agencia de competencia (modelo integrado). Un modelo desintegrado importa algún grado de duplicación de esfuerzos.

#### c) Extensión de la revisión judicial

La existencia de un sistema de revisión judicial de las decisiones de una agencia de competencia o de un tribunal especializado encargado de adjudicar o ejercer la función de resolver sobre los casos sometidos a su conocimiento por particulares o por la agencia de competencia constituye una fuente de “accountability” (control o rendición de cuentas). Asimismo, si se tiene en consideración que la existencia de revisión judicial (o doble instancia) puede concebirse como un derecho de aquellos interesados afectados por la decisión de el o los órganos de libre competencia, el valor de la justicia procedimental se verá favorecido. Incluso más, la predictibilidad de las normas también puede constituir una de las ventajas de la existencia de revisión judicial. Esto último podría ocurrir en virtud de los precedentes que un continuo y consistente proceso de revisión judicial genere, lo cual, sin embargo, va a depender, en parte, del grado de conocimiento técnico que el ente revisor adquiera.

No obstante las ventajas que una revisión judicial puede generar en términos de ciertos valores de legitimidad, existen desventajas que dicen relación, principalmente, con el valor del “expertise” o conocimiento técnico y con el valor de la eficiencia. En efecto, en la medida que el ente encargado de

revisar las decisiones de libre competencia no tenga una especialidad en el tema recién indicado, el valor del “expertise” se puede ver sacrificado. Igualmente, es posible prever que mientras más amplias sean las posibilidades de revisión judicial, más probable es que la litigiosidad se vea incrementada, con lo cual la eficiencia de los procesos puede verse perjudicada.

#### d) Relación de la autoridad de competencia con otros órganos reguladores sectoriales

Las decisiones de una autoridad de competencia no siempre guardarán armonía con aquellas adoptadas por órganos reguladores sectoriales. Hay veces en que se puede producir una superposición jurídica y práctica de jurisdicciones, lo cual puede generar descoordinación, pero, al mismo tiempo, puede constituir una fuente de control.

No obstante la tensión señalada previamente, existen opciones de coordinación institucional que permiten incrementar los niveles de eficacia al aminorar potenciales fuentes de conflicto y, al mismo tiempo, formalizar o canalizar mecanismos de control que posibilitan elevar los niveles de “accountability”.<sup>492</sup>

Respecto de la “accountability”, se puede decir que las opciones de coordinación institucional favorecen la existencia de pesos y contrapesos al permitirse la visualización o consideración de límites a la libre competencia que derivan de la satisfacción de objetivos de interés público distintos. En

---

<sup>492</sup> Las diferentes opciones de coordinación institucional entre organismos reguladores sectoriales y la autoridad de competencia se explican en el capítulo cuarto.

estos casos se estaría en presencia de lo que puede denominarse “accountability” hacia el lado.<sup>493</sup> En efecto, los sistemas de control y rendición de cuentas no sólo pueden apreciarse bajo una dimensión de verticalidad (sea hacia arriba o hacia abajo), sino también desde una óptica en que otros actores ejercen algún grado de influencia en aquel sujeto o entidad “accountable”, lográndose una red de pesos y contrapesos. Esta dimensión horizontal de la rendición de cuentas es lo que Hood (2004, pp.6-7) identifica como mutualidad.

e) Integración o desintegración en cuanto a las materias: libre competencia y protección del consumidor

Desde el punto de vista de la eficacia, eficiencia y “expertise” existen buenos argumentos para sostener que dichos parámetros pueden ser maximizados con la integración en un solo organismo de materias relativas a la libre competencia con aquellas que versan sobre la protección a los consumidores.

Bajo un modelo integrado pueden existir sinergias en cuanto al aprovechamiento de conocimiento técnico, el cual puede compartirse de mejor manera. Esto resulta particularmente relevante en el caso de agencias de competencia pequeñas o relativamente inexpertas.

---

<sup>493</sup> Otros ejemplos de “accountability” hacia el lado lo constituyen las auditorías e inspecciones de otras entidades pertenecientes directa o indirectamente al aparato gubernamental, tanto a nivel financiero (controlando las cuentas), como sustantivo (evaluando la relación costo-efectividad o costo-beneficio de las iniciativas, así como verificando el grado de cumplimiento de metas por parte de diferentes entidades administrativas).

Asimismo, el modelo de administración integrada permite aprovechar más fácil y adecuadamente el uso de herramientas y medidas conjuntas que pueden ser implementadas de manera compatible en beneficio de la libre competencia y de la protección del consumidor, ámbitos que tienen conexión desde el punto de vista sustantivo.

Igualmente, un sistema de administración integrada puede proporcionar mayores oportunidades de desarrollo profesional para los mismos funcionarios, así como para profesionales externos, lo cual puede incrementar la posibilidad de contar con recursos humanos capacitados y comprometidos.<sup>494</sup>

En términos de control y rendición de cuentas ( “accountability” ), existe la posibilidad de que la generalmente alta valoración por la comunidad de los temas de protección del consumidor puedan transmitirse a aquellos relativos a la libre competencia, cuya comprensión y valoración es menos evidente. Esta consideración puede ser especialmente válida para países sin tradición en materias de competencia.

Otro aspecto a tener presente en cuanto al control y rendición de cuentas radica en que al fusionarse o integrarse ambos ámbitos mayores posibilidades existen para lograr que se genere interés y control por parte de la ciudadanía de las decisiones de la agencia.

Sin perjuicio de lo manifestado en los párrafos precedentes, para el logro de eficacia y eficiencia (e,

---

<sup>494</sup> Debe considerarse, no obstante, que dado que los casos de protección del consumidor son, en general, de menor impacto para la economía, aquella área del organismo integrado dedicada a la protección del consumidor puede recibir menor atención por parte de la dirección interna, con el consiguiente desincentivo laboral.

incluso, de “accountability” ) debe distinguirse entre aquella situación en que desde el inicio es posible diseñar una institución integrada de aquella en que se encuentran funcionando dos instituciones para cada una de las áreas y se desea fusionarlas. Si las entidades separadas actualmente en funcionamiento cuentan con una marca o reputación propia se corre el riesgo de perjudicar dicho activo, de diluir la visibilidad y responsabilidad de sus autoridades, y de provocar un conflicto no funcional debido a un potencial choque de culturas organizacionales en caso que éstas sean distintas.

f) Estructura organizacional interna ¿regulador individual o colegiado?

Un diseño de estructura organizacional que opte por un regulador individual o por uno colegiado presenta diferencias en cuanto a la eficiencia y eficacia, así como en términos de “accountability” y participación y predictibilidad de los procedimientos y decisiones.

Desde el punto de vista de la eficacia y eficiencia, la opción por una agencia de competencia con dirección unipersonal presenta, en general, ventajas respecto de la opción por una dirección colegiada. En efecto, es probable que una autoridad unipersonal pueda lograr una mayor velocidad en la toma de decisiones que una agencia con una autoridad colegiada y con una orientación más predecible. Igualmente, la demanda de recursos financieros será menor si se tiene una sola cabeza en vez de varias. Sin perjuicio de lo anterior, un elemento que promueve la eficacia es la estabilidad de las decisiones, lo cual se estima puede ser logrado más probablemente por una autoridad colegiada.

Desde el punto de vista de la justicia, transparencia o accesibilidad de los procesos de toma de decisiones, es posible sostener que las mayores fortalezas las tiene el modelo de autoridad pluripersonal. En efecto, el carácter colegiado puede facilitar la posibilidad de reflexionar los temas con un mayor nivel de apertura en cuanto a las perspectivas a ser consideradas. Asimismo, el menor grado de vulnerabilidad frente a influencias indebidas de los cuerpos colegiados favorece una mayor justicia o igualdad de trato y, por añadidura, una mayor transparencia.

Finalmente, desde la perspectiva del control y rendición de cuentas, un diseño de autoridad unipersonal podría considerarse mejor. Esta afirmación se sustenta en que es esperable que cuando existe una sola cara visible se evita la potencial dilución, en el caso de un cuerpo colegiado, respecto de a quién responsabilizar o solicitar la rendición de cuentas.

#### g) Gestión organizacional interna

Una autoridad de competencia necesita de herramientas o recursos jurídicos, materiales y humanos para ejecutar y hacer cumplir eficazmente una legislación de libre competencia. Sin embargo, como resulta obvio, los recursos (en especial los materiales y humanos) son limitados y, por lo mismo, se requiere hacer un buen aprovechamiento de los mismos. En otras palabras, existe la necesidad de que la agencia de competencia sea eficiente en su actuar.

Un buen diseño organizacional interno debe contar con una planificación estratégica global e individual (por programa) que ordene y evalúe ( “ex ante” y “ex post” ) los recursos y



acciones, pero que cuente con la flexibilidad necesaria de ir haciendo ajustes sobre la marcha. Para el éxito de una gestión organizacional eficiente de una autoridad de competencia resulta fundamental, entre otros aspectos, el diseño de una estrategia de recursos humanos, de priorización de casos (a ser investigados y eventualmente perseguidos en pos de una sanción) y de comunicación.

En cuanto al desafío de reclutar y retener un buen grupo de profesionales que enfrenten apropiadamente una tarea de naturaleza especializada, no basta con subir remuneraciones, las cuales serán probablemente menores que las del sector privado y para lo cual suele no contarse con recursos públicos suficientes. Debe ofrecerse un ambiente de trabajo agradable, con posibilidades de adquirir conocimiento y de sentirse involucrado y partícipe de la estrategia seguida por la agencia, entidad de la cual sus trabajadores deben sentirse orgullosos por su reputación y por la labor de interés público que realiza.<sup>495</sup>

Respecto de la priorización de recursos debe distinguirse entre una planificación general que evalúe, por ejemplo, cuánto esfuerzo se destinará a estrategias de colaboración y promoción, a estrategias de negociación y a estrategias sancionatorias, y una planificación específica que priorice diferentes aspectos de las estrategias recién mencionadas. Por ejemplo, un aspecto esencial de una estrategia sancionatoria dice relación con los criterios de priorización de aquellos casos que serán objeto de acción legal.<sup>496</sup>

---

<sup>495</sup> Para un detalle de un diseño estratégico que logre atraer y retener personal calificado de buen nivel ver el apartado 3.2., b), (1) del capítulo 3.

<sup>496</sup> Ver apartado 3.2., b), (3) del capítulo 3 del presente trabajo.

Finalmente, hay que tener presente que la efectividad de las funciones de una agencia de competencia depende, en parte, de cómo éstas son percibidas, tanto interna como externamente.<sup>497</sup> Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse que una adecuada política de comunicación externa no sólo puede ayudar a incrementar la efectividad de la autoridad de competencia, sino que también abre espacios para el control ciudadano ( “accountability” ) y para la transparencia y accesibilidad de los procedimientos.<sup>498</sup>

## 2.2. Diseño de instrumentos (y procedimientos) jurídicos

### a) Dictación de guías o directrices

Una estrategia de colaboración o promoción de la competencia, estrechamente ligado a lo que se conoce como abogacía de la competencia ( “competition advocacy” ) busca incrementar la conciencia pública acerca de los beneficios de la competencia tanto en el sector privado como público.<sup>499</sup>

---

<sup>497</sup> La comunicación externa es un elemento esencial de una estrategia de colaboración y promoción.

<sup>498</sup> Cuando se hace referencia al control ciudadano se está aludiendo a lo que se puede denominar “accountability” hacia abajo.

<sup>499</sup> Las guías, directrices o comunicaciones pueden favorecer el cumplimiento de la normativa de libre competencia por parte de los entes públicos. Este tipo de información puede contribuir a aclarar las distinciones que corresponde hacer sobre la posibilidad de que un ente público pueda cometer una infracción a las normas sobre libre competencia, algo que suele ocurrir cuando se considera que están actuando como agentes económicos, concepto que, en sí mismo, no está ajeno a controversia. Ilustrativo de este último punto es el caso *Fenin v. Comisión de las Comunidades Europeas*, citado en el apartado 1.3. del capítulo 4 del presente trabajo.

Una de los mecanismos en virtud de los cuales se traduce el esfuerzo de las agencias de competencia por promover los beneficios de la competencia y por colaborar en el entendimiento de sus reglas y ventajas es a través de la dictación de guías, directrices o comunicaciones.

Este tipo de comunicación externa puede resultar sumamente eficaz, toda vez que, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, el cumplimiento u observancia de una regulación depende, en parte, del conocimiento y capacidad de los regulados, los cuales pueden tener una actitud positiva (no oportunista) frente a lo exigido.

También la dictación de guías, directrices o comunicaciones es una forma poco intensiva de recursos para poder lograr el comportamiento deseado por parte de los regulados. En este sentido, se trata de una herramienta que favorece la eficiencia.

Finalmente, este tipo de publicaciones son valorables desde el punto de vista de la y la accesibilidad y transparencia de los procedimientos y normas. Como puede apreciarse, la dictación de guías, directrices y comunicaciones no presentan la habitual tensión entre valores económicos y valores procedimentales.

#### b) Evaluación de impacto competitivo

Una estrategia de colaboración y promoción de la competencia también está dirigida al sector público. Puede que otros organismos públicos carezcan de conciencia respecto de la importancia de la competencia.

La evaluación de impacto competitivo aspira a analizar y valorar, desde el punto de vista de la libre competencia, proyectos normativos y, en algunos casos, actuaciones administrativas.<sup>500</sup> Este proceso de evaluación, en el caso de España, descansa en tres etapas: la identificación de restricciones a la competencia, el análisis de las justificaciones para tales restricciones, para finalizar con el estudio de si existen alternativas regulatorias menos lesivas de la competencia.

La instauración de un procedimiento de evaluación de impacto competitivo es una herramienta eficaz para lograr visibilizar el valor de la competencia y, eventualmente, evitar restricciones innecesarias a la misma.<sup>501</sup> En este sentido, la legitimidad de este instrumento no sólo se basa en la eficacia para promover el valor de la competencia e, indirectamente, el cumplimiento por parte de los agentes económicos de la normativa de libre competencia, sino también en la transparencia de los procesos de génesis normativa.

### c) Acuerdos administrativos

Para lograr que las leyes se cumplan existen estrategias “blandas” o de colaboración y promoción, y estrategias “duras” o sancionatorias. Entre ambas estrategias es posible distinguir estrategias de negociación, cuyas

---

<sup>500</sup> Ver la Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos emitida por la Comisión Nacional de Competencia de España.

<sup>501</sup> Este tipo de procesos puede hacer explícitos los “trade offs” o disyuntivas entre distintos objetivos de interés público, sino también puede minimizar las tensiones o disyuntivas existentes.

herramientas principales son los acuerdos extrajudiciales y las políticas de clemencia.

Los acuerdos administrativos son aquellos celebrados entre una autoridad de competencia y aquel regulado respecto al cual existen bases razonables para sospechar que una contravención ha ocurrido. Los acuerdos administrativos tienen ventajas y desventajas, las cuales reflejan que su sustento de legitimidad se basa en criterios disímiles y, en algunos casos, opuestos.

Desde el punto de vista de la eficacia, es posible sostener, como se dijo, que los acuerdos administrativos tienen como finalidad colocar fin a una infracción actual o eventual y, en ese sentido, contribuye a lograr que ésta no ocurra o persista. En el sentido indicado se trata de un instrumento jurídico eficaz para dar cumplimiento a una legislación de libre competencia. No obstante, debe considerarse que, por otro lado, la eficacia puede ser mermada en virtud de la pérdida del potencial disuasorio que implica concluir un caso por la vía de una sentencia condenatoria.

Desde la perspectiva de la eficiencia, la celebración de acuerdos administrativos, permite, por ejemplo, dar término a aquellas infracciones que resultan más costosas o riesgosas de perseguir legal o judicialmente, lo cual permite ahorrar significativos recursos humanos, financieros y de tiempo. Igualmente, debe considerarse que los menores costos para las compañías reguladas, otra ventaja de los acuerdos administrativos, también contribuyen a un incremento de la eficiencia.

Finalmente, en cuanto a la igualdad, justicia, transparencia y predictibilidad procedimental, debe reconocerse que los acuerdos administrativos muestran

debilidad. En efecto, lo que se gana por eficiencia y, en términos más relativos por eficacia, se puede perder, en parte, por ciertos riesgos procedimentales que se sintetizan a continuación: (1) el riesgo de desbalance de poder negociador entre la autoridad reguladora y su contraparte regulada, lo cual puede dar lugar a compromisos que pueden incluso implicar la renuncia al derecho a acceder a los antecedentes de la investigación y al derecho a no autoincriminarse; (2) el riesgo de que la casuística de lugar a acuerdos con tratos disímiles y, con ello, se genere falta de transparencia, predictibilidad e igualdad de trato; y (3) el riesgo de sesgo a favor del regulado derivado del incentivo que puede tener éste a ver reducida su carga de trabajo y a evitar una eventual actitud hostil a celebrar compromisos por parte del regulado, en especial cuando se trata de uno bien provisto de recursos.

#### d) Delación compensada (clemencia)

La delación compensada, clemencia o “leniency” es un instrumento jurídico propio de una estrategia general de negociación en virtud del cual al infractor que reporta su ilícito de colusión y entrega evidencia a una autoridad de competencia se le beneficia con una exoneración total o parcial de las sanciones aplicables a la señalada infracción.

La utilización de una política de clemencia tiene como objetivo general incrementar la probabilidad de detección y condena de un infractor y, por consiguiente, elevar la eficacia del sistema para lograr que la legislación se aplique y cumpla. En efecto, la delación compensada permite mejorar la recolección de evidencia e incrementar la dificultad para crear y mantener carteles o conductas colusivas. No obstante

las ventajas del aludido sistema en cuanto al valor de la eficacia, debe reconocerse que este parámetro también se puede ver, en algún grado, negativamente afectado. Esto ocurre debido a que al consagrarse como beneficio la exoneración total o parcial de las sanciones cuya aplicación correspondería, se produciría una disminución del poder disuasivo de las sanciones, elemento clave para la eficacia en el cumplimiento de una legislación de libre competencia.

Pero la legitimidad de un sistema de clemencia no sólo descansa en la eficacia, sino también en la eficiencia. En efecto, una de las ventajas del mencionado sistema radica en la disminución de los costos involucrados en la investigación y en la adjudicación final (administrativa o judicial) de los casos. Por una parte, la agencia de competencia disminuye los costos de investigación cuando recibe de los “delatores” evidencia probatoria para sustentar la persecución legal del caso. Por otra parte, si para la obtención de una exoneración total o parcial de la sanción se exige el reconocimiento de la infracción y, en su caso, la aceptación de la sanción rebajada, la aplicación del instrumento jurídico comentado tiende a disminuir los costos de adjudicación.

Sin perjuicio de los beneficios en cuanto a eficacia y eficiencia, la valoración de la transparencia de los procedimientos es relativa. En efecto, por un lado, el éxito de un sistema de delación compensada descansa, en parte, en la existencia de un procedimiento reglado transparente y predecible. Sin embargo, por otro lado, la protección de la confidencialidad de la información también puede concebirse como una condición de éxito y, por consiguiente, como una merma del valor de la transparencia en los procedimientos. Hay que tener presente, sobre esto último, que si la información entregada por el “delator” es aprovechada por

terceros que quisieran entablar en su contra acciones privadas por daños y perjuicios, los incentivos para delatar se verían afectados negativamente.

## 2.3. Diseño de normas

### a) Infracciones (y reglas jurídicas)

No es poco común que las infracciones en materia de libre competencia sean de textura abierta, es decir, que estén formuladas en un lenguaje poco preciso y, eventualmente, ambiguo. Este tipo de reglas infraccionales tienen la virtud de ser flexibles, facilitando su aplicación a una gran diversidad de situaciones (como las que ciertamente se dan en los mercados) y permitiendo minimizar los errores en la toma de decisiones. Cuando se redacta una infracción de modo que ésta se perfeccione cuando el efecto de la conducta en el mercado ha sido anticompetitivo, se abre espacio para un más profundo análisis del mercado, más allá de la complejidad informativa y económica que esto puede implicar.

Las infracciones redactadas de manera más abierta o vaga (como las aludidas en el párrafo anterior) resultan más idóneas que aquellas redactadas de manera más específica (y poco ambigua) en el logro de altos niveles de eficacia para alcanzar el objetivo sustantivo de que prevalezca un mercado lo más competitivo posible.<sup>502</sup>

---

<sup>502</sup> Esta conclusión debe matizarse con lo explicado en el primer capítulo de este trabajo, en el cual se intentó demostrar que la libre competencia es una noción compleja y conflictiva.



Por el contrario, cuando la infracción tiene un alto grado de tipificación, es decir, cuando está redactada de manera clara y precisa,<sup>503</sup> es razonable sostener que existirá un mayor nivel de legitimidad en cuanto a la transparencia y predictibilidad de la norma jurídica, lo cual puede redundar en una mayor tasa de cumplimiento voluntario de la misma.<sup>504</sup>

Igualmente, una infracción o, en general, una regla jurídica de contornos precisos puede involucrar menores costos de administración (y adjudicación) que una norma que exija una investigación más completa acerca de los efectos y justificaciones de mercado de una conducta. Lo anterior permite argüir que aquellas infracciones más específicas y precisas en su redacción presentan fortaleza en cuanto al valor de la eficiencia.

En cuanto al criterio de legitimidad basado en el mandato del legislador, cabe considerar que mientras más precisa sea la tipificación de la norma jurídica, más específico y claro será lo querido y regulado por el legislador. Sobre esta materia conviene advertir sobre la existencia de ciertos límites mínimos. En efecto, parece pertinente citar, sobre el particular, a Nieto (2006, pp.304-305), quien sostiene que “[n]o basta (...) con que la ley aluda simplemente a la infracción, ya que el tipo ha de ser suficiente, es decir, que ha de contener una *descripción de sus elementos esenciales*; y

---

<sup>503</sup> Se asume que hay un mayor nivel de precisión y claridad en el caso de infracciones en las que no es necesario recurrir a una evaluación de la conducta en atención a los efectos benéficos y perjudiciales en el mercado.

<sup>504</sup> Una mayor tasa de cumplimiento voluntario de la norma jurídica, independiente de las consecuencias que genere en cuanto a la preeminencia de la libre competencia en el mercado, también tiende a generar un alto grado de eficacia en relación al cumplimiento formal de las normas de libre competencia.

si tal no sucede se produce una segunda modalidad de incumplimiento del mandato de la tipificación: la insuficiencia. [...] *La suficiencia de la tipificación es, en definitiva, una exigencia de la seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta*” . Lo anterior no implica que no pueda existir cierto grado de incertidumbre. En efecto, y tal como lo manifiesta, también, Nieto (2006, p.305), “[1]a descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar” .

En lo referente al parámetro del conocimiento técnico o “expertise”, es posible argüir que aquellas normas o infracciones redactadas de forma más abierta en cuanto a las posibilidades de interpretación y aplicación a los casos concretos son más flexibles y, por ende, pueden facilitar en mayor medida el ejercicio de un conocimiento experto.<sup>505</sup> Lo anterior tiene relevancia para aquellos sistemas de competencia más nuevos o menos experimentados o desarrollados. En efecto, mientras más precisas, claras y específicas sean las reglas e infracciones que contenga la legislación de libre competencia, menor será la exigencia de conocimiento técnico,

---

<sup>505</sup> Evaluar, por ejemplo, los costos y beneficios económicos para el mercado que puede exigir cierto tipo de infracción permite profundizar en la aplicación de conocimientos económicos especializados.

algo usualmente escaso en países menos desarrollados o con menor nivel de experiencia en estas materias.<sup>506</sup>

Finalmente, lo razonado respecto de la redacción de las infracciones resulta igualmente aplicable respecto de las reglas jurídicas en general. Ilustrativo sobre el particular es lo manifestado en relación al grado de precisión en la redacción de las reglas para el control preventivo de fusiones u operaciones de concentración.

#### b) Sanciones

De todos los instrumentos disponibles para lograr el cumplimiento u observancia de una legislación de libre competencia, la aplicación de sanciones es la que brinda los incentivos más poderosos para compeler a ello. De hecho, ninguna de las estrategias distintas de la sancionatoria será plenamente efectiva sin la concurrencia de sanciones capaces de disuadir suficientemente,<sup>507</sup> para lo cual se requiere no sólo que éstas estén contempladas en la legislación, sino, también, que hayan sido impuestas en la práctica. Considerando lo recién mencionado es posible sostener, en términos generales, que una de las fortalezas principales de las sanciones radica en tender a la maximización del valor de la efectividad.

---

<sup>506</sup> Como contrapartida a la superación de la exigencia de conocimiento experto puede mencionarse el incremento en el riesgo de errores sustantivos.

<sup>507</sup> Esta afirmación se sustenta en el hecho de que no resulta razonable pensar que los regulados nunca actuarán de manera racional(u oportunista), más allá de reconocer que sí pueden actuar bien intencionadamente y llegar a incumplir una ley por razones no vinculadas con la racionalidad de su actuar.

Sin embargo, el enfoque disuasorio basado en la búsqueda de sanciones efectivas tiene como uno de sus principales reparos el carecer de consideraciones morales.<sup>508</sup> El enfoque disuasorio presenta el inconveniente de que las sanciones pueden ser demasiado severas o elevadas en consideración a su gravedad,<sup>509</sup> lo cual genera que, desde el punto de vista de la proporcionalidad y justicia, puedan ser reprochables. El enfoque retributivo de las sanciones plantea que la comisión de un ilícito más grave merece una sanción más grave y, viceversa. Bajo esta óptica, la falta de proporcionalidad entre la severidad de las sanciones y la gravedad de las infracciones atenta contra la justicia (retributiva).<sup>510</sup>

Además de los criterios de efectividad y de justicia precedentemente mencionados, cabe referirse al parámetro del mandato legal y al de la transparencia y predictibilidad de los procedimientos.

En relación al criterio de legitimidad basado en la fidelidad con el mandato del legislador, debe reconocerse que éste es menos susceptible de ser maximizado cuando los espacios para un ejercicio discrecional en la aplicación de las normas legales son amplios. Esto puede suceder con el tipo de sanción que se elija o con el grado de especificidad de los criterios para graduar la severidad de la sanción a ser impuesta. En cuanto al tipo de sanción, hay que tener presente que sanciones como la de multas máximas (en especial

---

<sup>508</sup> En el caso de la sanción de multa, por ejemplo, puede concebirse como el simple pago de un precio por la comisión de una infracción.

<sup>509</sup> La gravedad de una infracción hace referencia, principalmente, al daño causado y a la culpabilidad.

<sup>510</sup> En este sentido, y a diferencia de sanciones como la de multa, una sanción privativa de libertad contiene un mensaje moral que puede ser significativo.

cuando el techo es lo suficientemente alto) permiten un alto grado de flexibilidad y, en definitiva, discrecionalidad para quien la aplique. En contraste, las multas establecidas como un porcentaje de la facturación de la empresa aspiran a objetivar y facilitar los cálculos para la determinación de la misma. La especificación legal de los criterios para la determinación de la multa es otro factor que permite una mayor o menor maximización del mandato legislativo como parámetro de legitimidad. Las legislaciones contemplan criterios más o menos detallados, pero lo común es que las normativas no establezcan listas cerradas. La flexibilidad para hacer justicia y lograr disuasión en los casos concretos sometidos a conocimiento de quienes deben adjudicar resulta una necesidad.

Finalmente, y a pesar de que la flexibilidad es un elemento de importancia para el logro de efectividad y de justicia,<sup>511</sup> ésta suele ser a costa de criterios de legitimidad como el mandato legislativo, y la transparencia y predictibilidad, la cual, no obstante, puede ser alcanzada, en algún grado, con la elección de cierto tipo de sanciones, con la dictación de guías o comunicaciones que detallen el mecanismo de determinación de penas y, en definitiva, con una aplicación que explicita el razonamiento de por qué se arribó a una determinada sanción.

---

<sup>511</sup> Tal como se mencionó con anterioridad, ambas nociones pueden entrar en conflicto.



## CONCLUSIONES

¿Cuáles son los factores que influyen en la ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia? ¿Cuáles son las principales opciones de diseño existentes? Éstas son las interrogantes fundamentales sobre las que versa este trabajo.

Se trata de preguntas actuales y de importancia. Conscientes, en mayor o menor medida, de los beneficios que la libre competencia genera para el buen funcionamiento de los mercados y, en último término, para el bienestar de los consumidores, más de cien países han adoptado, reformado o proyectado tener una legislación e institucionalidad específica de libre competencia. Pero no basta con contar con una legislación e institucionalidad sobre la materia. El desafío fundamental consiste en lograr que la normativa sobre libre competencia se ejecute y cumpla, y para ello se requiere entender los factores que influyen para alcanzar dicho objetivo, así como conocer las opciones de diseño institucional y normativo, y las disyuntivas y limitaciones. En definitiva, este trabajo investiga sobre el buen gobierno en el ámbito de la libre competencia.

Para responder a las interrogantes mencionadas precedentemente se han propuesto y desarrollado varios marcos analíticos. Estos modelos de análisis intentan, en primer lugar, proporcionar una visión integral que evite el tratamiento fragmentario o aislado de diversos temas y muestre una visión sistémica ausente en la literatura especializada. Asimismo, el carácter integral de la óptica que se propone y desarrolla se refleja en la conjugación de disciplinas académicas que van más allá del Derecho, tales como la

Economía, Sociología y Ciencia Política. En segundo lugar, los modelos analíticos buscan indicar vías de acción a ser maximizadas de modo de guiar la formulación e implementación de reformas sobre la materia. Y, en tercer lugar, se presenta un marco de análisis que pretende mostrar un lenguaje común que facilite la identificación de limitaciones y disyuntivas en consideración a diferentes valores de legitimidad y conveniencia en juego.

Para responder a la primera interrogante, esto es, aquella que versa sobre los factores que influyen en la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia, se construye un modelo analítico que distingue cuatro grandes influencias que operan con un diferente grado de generalidad. Es así como se resalta, primeramente, la influencia del entorno global, lo que depende, en parte importante del hábitat ideológico y de la especial configuración de intereses particulares en juego. Asimismo, se destaca la influencia del diseño y capacidad institucional específica de libre competencia. Igualmente, se subraya la influencia del estilo, aproximación o estrategia que se utilice. En seguida, las estrategias o estilos que se adopten, las cuales dependen, en parte importante, de las características y disposición de los regulados en relación a la legislación a ser observada, dan lugar al diseño y utilización de diversas herramientas jurídicas y materiales de vital relevancia para lograr que la legislación se cumpla. Finalmente, se recalca la influencia de la formulación de las reglas en cuanto al grado de precisión de su redacción y al momento del tiempo en que se espera que actúen.

A su vez, para identificar cuáles son las principales opciones de diseño existentes se desarrollan varios marcos analíticos que contemplan distinciones según el modelo



institucional específico de libre competencia, según la estrategia general, según instrumentos y procedimientos particulares, según el diseño en la redacción y oportunidad de las reglas, y según el grado de desarrollo o experiencia del país en la aplicación de una legislación de libre competencia. En algunos casos, además, se ilustra la situación de algunas legislaciones en relación a las materias tratadas. Más específicamente, el primer modelo recién mencionado distingue entre relaciones verticales, relaciones horizontales y la dimensión interna. El modelo que se basa en el tipo de estrategia general utilizada distingue entre estrategias de colaboración y promoción, estrategias de negociación y estrategias sancionatorias. A su vez, es posible identificar un tercer tipo de análisis que, siguiendo el modelo anterior, examina diferentes tipos de instrumentos (y procedimientos) jurídicos. Es así como se analizan las sanciones, los acuerdos administrativos, las políticas de clemencia, y las evaluaciones de impacto competitivo, sin desconocer, también, la importancia de la dictación de guías o directrices. Adicionalmente, y tal como se aludió en forma previa, el modelo referido al diseño de las normas distingue según el grado de precisión en la redacción de las reglas y la oportunidad o momento en el tiempo en que éstas actúan. Por último, a lo largo del trabajo se visualizan aquellas opciones distinguiendo según el grado de desarrollo económico del país o grado de experiencia de los organismos involucrados en la libre competencia.

La segunda interrogante principal de este trabajo exige, también, visualizar las limitaciones y disyuntivas que las diferentes opciones presentan. En este sentido, se identifican, en primer lugar, aquellas limitaciones y disyuntivas derivadas de la existencia de diversos criterios

de legitimidad tratados en el capítulo décimo. Los criterios parámetros o valores utilizados son los siguientes: el mandato legislativo, la “accountability”, control o rendición de cuentas; la justicia, transparencia (accesibilidad) y predictibilidad de procedimientos y normas; el conocimiento técnico o “expertise”; la eficiencia; y la eficacia. Asimismo, en el capítulo primero se abordan aquellas limitaciones y disyuntivas derivadas de la complejidad y conflictividad de la materia sustantiva objeto de estudio, esto es, la libre competencia.

Los diferentes marcos de análisis se encuentran parcialmente traslapados a lo largo de los diez capítulos de este trabajo. Un ejemplo de lo recién señalado se puede apreciar en los capítulos tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, en los cuales el análisis de los factores de influencia confluye con el de las opciones de diseño. En lo que sigue, se sintetizarán, a continuación, algunas conclusiones generales que permiten visualizar el contenido de este trabajo en relación con las interrogantes que lo guían.

## **1. La libre competencia: un objetivo deseable, aunque complejo y conflictivo**

Referirse a la ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia implica abordar una disciplina jurídico-económica de carácter global. En efecto, más de cien países cuentan hoy con este tipo de legislaciones, cuyas reglas sustantivas básicas, además, suelen ser similares a lo largo de las diferentes jurisdicciones. Pero no sólo se está en presencia de un derecho global en los términos ya aludidos, sino también de uno que es objeto de análisis y discusión

global (e interdisciplinaria) por parte de organizaciones y redes internacionales, académicas y profesionales.

Analizar el tema propuesto en este trabajo ha hecho necesario intentar comprender, primeramente, qué se entiende por libre competencia, cuáles son sus beneficios y qué disyuntivas y conflictos es posible apreciar en cuanto a sus objetivos y alcance.

La noción de libre competencia en los mercados no es pacífica. Sin perjuicio de lo anterior, se comparte la apreciación de que el fin consistente en alcanzar mayores niveles de eficiencia económica a través, en general, de procesos de rivalidad entre los agentes económicos de un mercado, constituye la esencia de la noción y de los beneficios que se atribuyen a la libre competencia, al menos desde un punto de vista económico.

El logro de un mayor bienestar derivado de una mayor eficiencia económica puede significar, no obstante, cosas distintas. Se ha explicado que no es lo mismo promover el bienestar del consumidor que el bienestar total, pudiendo, en ocasiones, lograrse un tipo de bienestar mas no el otro. De la misma manera, puede existir tensión entre eficiencia dinámica y eficiencia estática. En efecto, un mayor nivel de eficiencia dinámica puede significar un menoscabo en términos de eficiencia estática y viceversa.

La libre competencia no es sólo un concepto complejo, sino, también, uno potencialmente conflictivo. Se ha resaltado en este trabajo que la libre competencia es un objetivo más de interés público cuya satisfacción puede generar tensiones con otros objetivos de interés público. Se considera que estas tensiones hay que transparentarlas, lo cual puede servir para buscar opciones de diseño que,

reconociendo la diversidad y potencial conflicto, puedan maximizar en la mayor medida posible los valores en juego.

Asumiendo que una legislación de libre competencia puede tener diferentes objetivos, cabe preguntarse si éstos debieran o no explicitarse normativamente y cuáles son las opciones para aquello. Junto con caracterizar las opciones de acuerdo a la legislación de ciertos países, se ha argumentado que cuando en una legislación se explicitan objetivos múltiples el riesgo de tensión o discrepancia entre éstos puede ser alto y la armonización no siempre será posible.

Si se considera que el único objetivo de la libre competencia es la eficiencia económica y esto es objeto de reconocimiento legal, puede que exista mayor espacio para consideraciones económicas. Sin embargo, hay que tener presente que tal circunstancia no garantiza una orientación segura, debido a que la misma ciencia económica suele evolucionar en su valoración de distintos tópicos sobre libre competencia. Es más, las dificultades que encierra la adopción de objetivos orientadores en el ámbito de la libre competencia ha llevado a que no se indique objetivo alguno o, lo que es similar, que se señale a la promoción o protección de la libre competencia como finalidad.

En definitiva, no hay que olvidar que quienes están llamados a aplicar la ley a los casos concretos no viven en una burbuja ajena a la ideología económica, a la política o a consideraciones de interés privado.

## **2. La influencia del entorno**

En relación a la influencia del entorno para la ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia,

cabe destacar que la existencia, forma y aplicación de ésta está condicionada por el hábitat ideológico (socio-económico) existente en un país y por la movilización de los grupos de interés buscando la satisfacción de su beneficio privado.

En lo concerniente a la configuración de los intereses particulares, se puede concluir que, en general, la presión de los grupos de interés puede generar un ambiente hostil o favorable a la existencia y aplicación efectiva de una legislación de libre competencia. El resultado dependerá de cuán dispersos o concentrados se encuentren los costos o beneficios que deriven de una legislación que sea efectivamente aplicada. En efecto, a nivel teórico, mientras más concentrados en sectores específicos (con intereses homogéneos y bien organizados) sean los costos o beneficios que puedan derivar de una determinada regulación, mayor será el incentivo de estos grupos de presión por bregar a favor o en contra de ésta. Así, en ocasiones, la lucha por influir tendrá un resultado parejo. Sin embargo, podría ocurrir que cuando los costos o los beneficios están dispersos en una gran cantidad de personas (poco homogéneas y con escaso interés particular dado el muy acotado efecto en cada individuo de una u otra política), la posibilidad de contrarrestar la influencia de quienes defienden intereses opuestos sea muy limitada.

En el ámbito de la libre competencia, el gran desafío para una exitosa ejecución y cumplimiento de su legislación radica en poder contrarrestar los intereses opuestos a su funcionamiento. El problema es que los beneficiarios de la aplicación efectiva de una legislación de libre competencia son sectores muy amplios (o no concentrados) de la población (consumidores y pequeñas empresas), los cuales deben enfrentarse, en términos de influencia, a sectores

industriales o comerciales más homogéneos, bien organizados y financiados (es decir, concentrados). La situación descrita puede verse agravada por el impacto de largo plazo de este tipo de legislaciones, lo cual tiende a debilitar las bases de apoyo. Incluso más, el panorama puede ser aún más complejo en aquellos países de economías más pequeñas, en los cuales el poder económico tiende a ser más concentrado y los consumidores suelen tener una baja conciencia acerca de los beneficios de la libre competencia. En estos casos, los beneficiarios de una legislación de libre competencia tendrán más dificultades para constituir una fuerza de respaldo efectiva para la defensa de la competencia.

Respecto de la ideología socio-económica, es posible argüir que una legislación de libre competencia no es capaz de sustentarse por sí sola. Sin la existencia de un ambiente en que prevalezcan ideas que valoren la liberalización del comercio, que sean proclives a eliminar barreras gubernamentales a la competencia y que, en definitiva, promuevan políticas públicas dirigidas a emparejar la cancha en la cual las empresas puedan invertir y competir, la existencia, forma y aplicación efectiva de una legislación como la aludida se puede ver seriamente perjudicada.

No obstante los obstáculos derivados de una eventual desigualdad de influencia y de una ideología adversa a la libre competencia, las ideas prevalecientes pueden cambiar y, con ello, limitar el poder de los intereses opuestos a su implementación. Las ideas pueden ser un poderoso estímulo a la existencia de un entorno favorable a la libre competencia y con ello a la efectiva ejecución y cumplimiento de una legislación sobre el particular. Una mayor conciencia o cultura de la competencia es algo que debiera estimularse y para lo cual los centros de pensamiento, los organismos

gubernamentales y los entes supranacionales pueden constituir un valioso vehículo de difusión.

### **3. La influencia del diseño institucional específico de libre competencia y opciones disponibles**

Así como el entorno o hábitat global constituye un primer factor de influencia para la existencia, formulación, y ejecución y cumplimiento exitoso de una legislación de libre competencia, el segundo factor que puede señalarse dice relación con la arquitectura o diseño institucional específico en materia de libre competencia. Quien ejecuta y hace cumplir la normativa es, normalmente, una agencia o autoridad administrativa, la cual debe relacionarse con el gobierno, con las cortes de justicia y con otros organismos reguladores o fiscalizadores sectoriales. Además de la arquitectura exterior o relacional, también resulta importante el diseño interno de la agencia, la cual debe contar con una estructura de toma de decisiones y con una adecuada gestión organizacional. Los modelos institucionales pueden ser variados. Con respecto a cada una de las relaciones señaladas existen opciones, las cuales, a su vez, serán más o menos convenientes según los valores o criterios de legitimidad en los cuales se coloque el acento.

Así, en cuanto al diseño institucional en relación a la posición de una autoridad de competencia en la estructura político-administrativa del Estado, es posible concluir, en primer lugar, que existe cierta predilección, en especial por parte de organismos y redes internacionales, por un modelo de agencia independiente. En segundo lugar, la independencia depende fundamentalmente, más allá de consideraciones formales, del mecanismo y criterio de designación de la cabeza

del organismo; del criterio de remoción; del período y duración del mandato; del grado de autonomía presupuestaria; y del grado de libertad para contratar, manejar y despedir al personal de la institución. En tercer lugar, la independencia de una agencia constituye un resguardo frente a la influencia excesiva del poder político y de los regulados, lo cual, a su vez, constituye una valoración del conocimiento técnico y de la eficacia que puede alcanzar la entidad reguladora. En cuarto lugar, la valoración por la independencia y, por consiguiente, del conocimiento técnico ( “expertise” ) y de la eficacia, implica sacrificar, en parte, el valor del control y rendición de cuentas ( “accountability” ) a la cual debiera estar sometida la agencia de competencia. Y, en quinto lugar, sí es posible sugerir medidas que intenten compatibilizar los valores en conflicto, sin que eso signifique, en todo caso, la existencia de tensión.

En relación a la opción por la integración o por la separación de las funciones de fiscalización e investigación, y de adjudicación o juzgamiento en uno o dos organismos, es posible concluir, primero, que ambos modelos presentan ventajas y desventajas. En consideración a lo anterior, se puede concluir que el modelo de agencia integrada presenta el riesgo de incurrir en tres tipos de sesgos: el sesgo de confirmación o tendencia a buscar evidencia que confirma más que desafía las propias creencias que sobre el particular se tenga; el sesgo de comprender una situación en retrospectiva y de justificar esfuerzos pasados; y el sesgo de querer mostrar una alta actividad persecutoria. Una segunda conclusión es que los riesgos indicados ameritan valorar la “accountability” o control por otro organismo separado que sea quien adjudique o juzgue los casos investigados por una agencia distinta y que proporcione mayores garantías



procesales para los regulados. Y, en tercer lugar, se puede concluir que lo que se gana en términos de control, contrapeso y resguardos procesales se puede perder en cuanto al sacrificio de las ventajas derivadas de la eficiencia administrativa que una agencia integrada puede tener.

En cuanto a la revisión judicial de las decisiones del organismo de competencia encargado de resolver los casos sometidos a su conocimiento, se puede sostener que puede haber mayor o menor espacio para dicha revisión; que la revisión judicial presenta justificaciones derivadas de disciplinas como el Derecho, la Economía y la Ciencia Política; que la revisión judicial es especialmente necesaria en el ámbito de la libre competencia; y que no obstante la valoración que en términos de “accountability” y debido proceso presenta un mecanismo de revisión judicial, existen desventajas referidas a la pérdida de eficiencia y al conocimiento técnico que puede verse afectado por la revisión por instancias no expertas.

En lo que respecta a la relaciones (horizontales) de la autoridad de competencia con otros órganos reguladores sectoriales, se ha concluido, en primer lugar, que las decisiones que una autoridad de competencia adopte pueden entrar en conflicto con aquellas adoptadas por órganos reguladores sectoriales, los cuales pueden buscar la satisfacción de otros objetivos de interés público distintos a la libre competencia. En segundo lugar, los conflictos y tensiones que pueden surgir generan el desafío de alcanzar mayores niveles de coordinación. En tercer lugar, se manifiesta que existen diversas opciones para poder mejorar los niveles de coordinación, lo cual favorece la existencia de pesos y contrapesos ( “accountability” ) y la transparencia. Es posible colegir esto último debido a que se permite una mejor visualización de los límites a la libre competencia que

derivan de los intentos por satisfacer otros objetivos de interés público. Y, en cuarto lugar, se destaca que no sólo existen instancias de rendición de cuentas hacia órganos superiores, sino también mecanismos de control o “accountability” hacia el lado o control a través de lo que se conoce como “mutualidad” .

En lo referente a la alternativa de integración o desintegración del área de la libre competencia con el de la protección del consumidor, se concluye que ambas áreas, siendo diferentes, están interconectadas desde el punto de vista sustantivo. Igualmente, se concluye que tanto la opción por la integración como por la separación constituyen alternativas que presentan ventajas y desventajas, algunas de las cuales tienen incidencia para agencias pequeñas o no experimentadas. Y, por último, se plantea que no es inocua la oportunidad en la cual se toma la decisión por una u otra alternativa.

Finalmente, en cuanto al diseño institucional (factor de influencia y fuente de opciones), es posible afirmar que resultan importantes no sólo las relaciones externas, sino también la estructura y gestión organizacional interna. En relación a la estructura interna de toma de decisiones se presenta la opción entre tener un regulador individual y uno colegiado, lo cual presenta ventajas y desventajas en términos de eficiencia, predictibilidad, demanda de recursos financieros, estabilidad de las decisiones, posibilidad de reflexión con una mayor amplitud de perspectivas, “accountability”, y vulnerabilidad a la captura. En lo que respecta a la gestión organizacional interna, se debe contar con una planificación estratégica global e individual (por programa) que permita ordenar ( “ex ante” y “ex post” los recursos y acciones. En este sentido, se enfatiza la necesidad de diseñar una estrategia de recursos humanos, de

priorización de casos (a ser investigados y, eventualmente, perseguidos administrativa o judicialmente) y de comunicación interna y externa.

#### **4. La influencia del estilo y estrategia, y herramientas y opciones disponibles**

Una de las ideas fuerza del presente trabajo es que para hacer cumplir una legislación de libre competencia debe adoptarse una estrategia que combine la colaboración (persuasión o promoción), la negociación, y las sanciones, estrategias las cuales representan estilos más blandos o más duros de “enforcement” .

Estas estrategias o estilos tienen su fundamento, desde el punto de vista prescriptivo-valorativo, en las distintas causas de incumplimiento que se sistematizaron y, ligado con lo anterior, en las distintas características de aquellos que incumplen la ley. En efecto, por un lado es posible distinguir entre aquellos que desean cumplir con la regulación, pero que no la conocen bien, no son capaces, o no saben cómo hacerlo. Y, por otro lado, están aquellos incumplidores oportunistas, cuya disposición a observar la ley dependerá de la ponderación racional que éstos realicen de los beneficios y costos esperados. Para el primer tipo de incumplidores, resulta especialmente valiosa una aproximación colaborativa mientras que para el otro tipo de incumplidores debiera adoptarse una estrategia más dura basada, fundamentalmente, en el poder disuasivo de las sanciones.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener presente que los regulados no responden a “tipos puros” y, por lo tanto, es razonable esperar que éstos se comporten, por momentos,

como buenos ciudadanos y, en ocasiones, como calculadores y oportunistas. Además, una estrategia colaborativa (o blanda) o una negociadora (o menos blanda) difícilmente funcionarán sin que esté latente la posibilidad de una estrategia sancionatoria (o dura). Por consiguiente, y tal como se dijo al principio, una agencia de competencia debe combinar los tres tipos de estrategias individualizadas, las cuales se sintetizarán a continuación.

Las estrategias de colaboración y promoción, estrechamente ligadas a lo que se conoce como abogacía de la competencia o “competition advocacy”, tienen como objetivo elevar la tasa de cumplimiento de la normativa de libre competencia a través de incrementar, tanto para el sector público como privado, la conciencia pública acerca de los beneficios de la competencia y su regulación.

La dictación de guías o directrices, la organización de conferencias, la evaluación de impacto competitivo de legislaciones o regulaciones gubernamentales, entre otras actividades, constituyen estrategias relativamente poco intensivas de recursos para lograr el comportamiento deseado por parte de los regulados, incluyendo al sector público.

Este tipo de estrategias más blandas y amplias pueden ser de especial utilidad para países de economías más pequeñas en donde las autoridades de competencia carecen de experiencia y recursos suficientes, y en donde no existe una cultura de la competencia asentada.

Respecto de las estrategias de negociación, aproximación intermedia entre las estrategias de colaboración y las sancionatorias, cabe destacar dos instrumentos jurídicos de particular relevancia para el logro de un cumplimiento

efectivo de una legislación de libre competencia: los acuerdos administrativos y las políticas de clemencia.

Los acuerdos administrativos son aquellos celebrados entre una autoridad de competencia y aquel regulado respecto al cual existen bases razonables para sospechar que ha cometido una infracción, y que tiene como finalidad poner término a una infracción actual o eventual. Es posible concluir que, a través de la celebración de un acuerdo administrativo, se pueden lograr compromisos beneficiosos para la libre competencia de manera eficiente. En efecto, y a modo ilustrativo, los acuerdos administrativos pueden lograr poner término a conductas (eventualmente) anticompetitivas cuya persecución legal o judicial resulte muy costosa o riesgosa para la autoridad. Así, pues, dicho instrumento jurídico podría permitir ahorrar significativos recursos humanos, financieros y de tiempo, además de los eventuales menores costos que para las compañías reguladas implica evitar litigar en un proceso administrativo o judicial.

No obstante el atractivo de los acuerdos administrativos como herramienta para ejecutar y hacer cumplir una legislación de libre competencia, su utilización reviste desventajas y desafíos. En primer lugar, al evitarse la conclusión de un caso por la vía de una sentencia (condenatoria) se pierde el importante poder disuasorio que surge de la imposición de una sanción. En este sentido, se está en presencia de una disyuntiva entre eficiencia y disuasión. Además, este tipo de acuerdos negociados pueden ser riesgosos desde el punto de vista de la igualdad, justicia, transparencia, accesibilidad y predictibilidad procedimental.

La muestra empírica realizada revela que este tipo de instrumento está contemplado en las legislaciones examinadas,

aunque, en general, con variaciones en cuanto a la precisión y detalle de la regulación; a la referencia legislativa sobre los parámetros que debieran guiar la decisión de la autoridad; a la exigencia normativa de reconocimiento de responsabilidad como condición para celebrar un acuerdo; a la limitación en cuanto a la oportunidad (dentro de la etapa de investigación) para celebrar un acuerdo; a la existencia de una sanción explícita por el incumplimiento de un acuerdo; a la regulación de la participación de terceros en el proceso; a la exclusión explícita de la limitación de responsabilidad civil por daños y perjuicios a particulares; a la participación de un ente judicial en la autorización o aprobación de un acuerdo; y a la posibilidad de revisión judicial reconocida explícitamente en la legislación sobre la materia.

El segundo instrumento jurídico que se ha destacado como parte de una estrategia de negociación es la delación compensada o clemencia ( “leniency” ), herramienta en virtud del cual hay uno o varios infractores que reportan ser autores del ilícito de colusión, y entregan evidencia suficiente a la autoridad de competencia a cambio de una exoneración total o parcial de la sanciones aplicables al ilícito por él o ellos cometido.

Es efectivo que, al igual que los acuerdos administrativos, la aplicación de políticas de clemencia significan una disminución del poder disuasorio propio de la aplicación plena de las sanciones a quienes infringen la ley. Sin embargo, la desventaja indicada no oscurece los importantes beneficios en términos de eficacia y eficiencia que plantea este tipo de instrumento.

Es posible sostener que la delación compensada o clemencia contribuye a la eficacia de una política de

ejecución y cumplimiento de una ley debido, en lo fundamental, a que permite incrementar la probabilidad de detección y condena de los infractores de un ilícito esquivo en cuanto a su comprobación. Asimismo, dicha herramienta jurídica incrementa la dificultad para crear y mantener carteles o conductas colusorias. En cuanto a la eficiencia, una de las ventajas de la delación compensada o clemencia consiste en disminuir los costos involucrados en la investigación y en la adjudicación final (administrativa o judicial) de los casos.

Al igual que en el caso de los acuerdos administrativos, se realiza un estudio empírico que compara el diseño legislativo de varios países iberoamericanos con diferente tamaño económico y con diferente grado de experiencia en el combate contra las conductas anticompetitivas. Las legislaciones estudiadas con un mayor detalle son las de Chile, España, Perú, Colombia y El Salvador. Una de las conclusiones a las que se arriba es que, salvo el caso de El Salvador, todas las legislaciones estudiadas cuentan con los elementos esenciales para que un programa de clemencia pueda funcionar adecuadamente, sin perjuicio de diferencias en cuanto a ciertos parámetros. Se concluye que, sobre el particular, la legislación española es la más completa.

La tercera gran estrategia general, además de la de colaboración y negociación, es la sancionatoria. Sin perjuicio del valor de las dos primeras estrategias, no puede perderse de vista que la aplicación de sanciones es la medida que brinda los incentivos más fuertes para compeler a las compañías e individuos a observar las normas de libre competencia.

Los beneficios de poner fin a un caso por la vía de una sanción (en especial si es condenatoria) son variados. En

efecto, no sólo permite disuadir, sino también actuar como mecanismo de castigo, de censura pública y de clarificación del contenido de las prohibiciones sustantivas. Además, una sentencia que ordena poner fin a la conducta infraccional contribuye a evitar que las consecuencias negativas de la violación de la ley sigan produciéndose, sin perjuicio del efecto reparador y preventivo que los remedios que se impongan con ocasión de la sentencia puedan generar.

Es posible afirmar que dentro de las variadas funciones que tienen las sanciones o penas, los roles disuasorio y retributivo son los fundamentales. Igualmente, se destaca la tensión o conflicto que puede existir entre la efectividad buscada por la sanción a través del efecto disuasorio de la misma con el sentido de justicia o proporcionalidad exigido por la función retributiva (o de justo merecimiento) de las sanciones.

En el trabajo se explican las diferentes opciones de sanción existentes, junto con sus fortalezas y limitaciones. Es así como se analizan las multas (en sus diferentes tipos), la descalificación, la disolución, la publicidad negativa, y la prisión. Se subraya la necesidad de imponer sanciones no sólo a las empresas, sino también a los individuos. En efecto, se estima que las sanciones a los individuos pueden, en primer lugar, ayudar a solucionar la dificultad que tienen las empresas para poder controlar a sus agentes. En segundo lugar, se sostiene que las sanciones a los individuos pueden ayudar a solucionar el problema de la imposibilidad de imponer sanciones muy altas a las empresas. Y, en tercer lugar, se afirma que las sanciones a los individuos pueden fortalecer el compromiso moral de las personas a respetar la ley. Por último, se analiza la relación entre la acción de las agencias



públicas de competencia y las acciones privadas por daños y perjuicios.

## 5. La influencia del diseño de las normas

El cuarto factor de influencia en la ejecución y cumplimiento de una regulación que se ha identificado en el presente trabajo dice relación con el diseño de las normas en cuanto al grado de precisión de su redacción y a la oportunidad y modo de intervención legal.

En lo que se refiere al grado de precisión en la redacción de las normas jurídicas, se señala que éstas pueden ser más o menos transparentes (inteligibles) y accesibles, y más o menos congruentes con el objetivo buscado. Es posible concluir que existe una fricción o disyuntiva entre las dos grandes dimensiones aludidas, la cual también se hace presente en la construcción jurisprudencial de reglas y estándares. Es así como, por un lado, la “regla per se” privilegia la transparencia y accesibilidad, mientras que la “regla de la razón” favorece la congruencia o minimización de errores tipo 1 y tipo 2.

Se concluye que la manera como se redacte una regla legal o se construya una regla jurisprudencial presenta costos y beneficios. Así, la mayor inteligibilidad y accesibilidad de una regla legal o jurisprudencial puede implicar una mayor tasa de cumplimiento voluntario, así como un menor costo de administración y, eventualmente, un menor costo en la formulación de la misma. No obstante, una mayor inteligibilidad y accesibilidad (propio, en general, de reglas claras y específicas) puede significar un mayor grado de inflexibilidad, lo cual podría atentar contra una certera

inclusión de todos los casos y circunstancias que debieran ser tomados en consideración, y, al final, afectar negativamente la congruencia de las normas.

En cuanto a la oportunidad y modo de intervención legal, se distingue entre aquel control previo o preventivo llevado a cabo antes de la ocurrencia del acto con aquel control posterior a la ocurrencia del acto y antes o después de haberse producido el daño. Se sostiene la importancia de combinar, en el ámbito de la libre competencia, una intervención o control postrero con uno de carácter previo, lo cual se grafica de manera clara con el control de fusiones y con la adopción de remedios o compromisos, además de las acciones privadas por daños y perjuicios. Se explica, en último término, cómo el diseño de los estándares infraccionales sustantivos refleja momentos distintos de la intervención del derecho según el momento en que se perfecciona el ilícito, esto es, por el sólo hecho de realizarse el acto o sólo una vez que se ha producido un efecto (y eventual daño) actual o inminente en el mercado.

## **6. El marco de legitimidad y conveniencia para evaluar cuándo hay un buen sistema de ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia**

¿Cuándo se está en presencia de un buen sistema regulatorio de libre competencia? ¿Bajo qué criterio debiera evaluarse la ejecución y cumplimiento de una legislación de libre competencia? En el trabajo se propone un marco analítico que distingue seis valores de legitimidad o conveniencia en base a los cuales ponderar las opciones de diseño a nivel de las instituciones, de ciertos instrumentos y procedimientos jurídicos, y de las normas. Los seis

criterios, tal como se dijo, son la fidelidad con el mandato legislativo; la “accountability”, control o rendición de cuentas; la justicia, transparencia (accesibilidad) y predictibilidad de procedimientos y normas; el conocimiento técnico o “expertise” ; la eficiencia; y la eficacia.

Una primera conclusión es que la respuesta a las preguntas recién planteadas no admiten una respuesta categórica. Evidentemente, cuando se hace referencia a la ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia se está aludiendo fuertemente a la eficacia y, en cierta medida, a la eficiencia y “expertise”. Sin embargo, la consideración de dichos valores de legitimidad más “sustantivos” no puede dejar de matizarse con los otros criterios de legitimidad que podrían agruparse bajo la denominación de “democrático-procedimentales”. En este sentido, este marco analítico provee una visión panorámica que permite apreciar que la bondad de un sistema regulatorio o de ejecución y cumplimiento de una normativa de libre competencia no se mide por un solo criterio.

La segunda conclusión consiste en que esta visión panorámica o de conjunto permite darse cuenta que los distintos criterios no son necesariamente compatibles entre sí, lo que genera tensiones y disyuntivas. En el apartado 2 del capítulo 10 de este trabajo puede apreciarse, en términos concretos, lo recién manifestado.

Se puede concluir, en tercer lugar, que esta forma de analizar el tema permite vislumbrar, más claramente, déficits y desequilibrios que podrían existir y que ayudan a sentar las bases de una eventual reforma. En otras palabras, en el trabajo existen sugerencias que permiten maximizar distintos valores, sin perjuicio que, en algunos casos, la maximización

bajo un criterio puede significar una pérdida bajo otro. En este sentido, cuando un aspecto puede ser mejorado bajo un criterio por una reforma que no implique debilitar la justificación bajo los otros parámetros, se estaría ante una propuesta de reforma sólida en términos de su legitimidad o conveniencia. Menos evidente será la necesidad u orientación de una reforma cuando la propuesta implique la mejora de uno o varios aspectos y, al mismo tiempo, debilite la consecución de otros valores.

Por último, la cuarta conclusión que, a este respecto puede hacerse es que, aunque la preferencia por ciertos valores de legitimidad por sobre otros es algo eminentemente subjetivo, el marco analítico presentado pretende tener la virtud de proporcionar un lenguaje común sobre el cual discutir.

## **6. Final**

Sin perjuicio de las múltiples conclusiones derivadas de este trabajo, se espera que hayan quedado comprobadas las siguientes aseveraciones generales: (1) sí es factible analizar el tema de la ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia desde una óptica integral (no fragmentaria); (2) existen variadas influencias con diferente nivel de generalidad; (3) existen diferentes estrategias, las cuales deben aplicarse en forma combinada; (4) existen múltiples opciones de diseño, tanto a nivel institucional, como respecto de estrategias y normas, las cuales presentan ventajas y desventajas; y (5) las distintas opciones reflejan la valoración de diferentes criterios de legitimidad o conveniencia, los cuales pueden entrar en tensión y generar disyuntivas.

## BIBLIOGRAFÍA

Antitrust Modernization Commission (2007). *Antitrust Modernization Commission: report and recommendations*. USA.

Ariño, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares.

ACCC (Australian Competition and Consumer Commission) (2009). *Section 87B of the Trade Practices Act: guidelines on the use of enforceable undertakings*. Canberra, Australia: ACCC.

ALRC (Australian Law Reform Commission) (2002). *Principled Regulation: federal civil and administrative penalties in Australia*. Sidney, Australia: ALRC.

Arbault, F. y Sakkers, E. (2007). En J. Faull y A. Nikpay (Eds.). *The EC Law of Competition* (pp.745-1128). Oxford: Oxford University Press.

Averitt N.W. y Lande, R.H. (1998). Consumer Choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law. *Loyola Consumer Law Review*, 10(1), 44-63.

Aubert, C., Rey, P. y Kovacic, W.E. (2006). The impact of leniency and whistle - blowing programs on cartels. *International Journal on Industrial Organization*, 24(6), 1241-1266.

Ayres I. y Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*. Oxford, New York: Oxford University Press.

Baldwin, R. (1990). Why Rules Don' t Work. *Modern Law Review*, 53(3), 321-337.

Baldwin, R. (1995). *Rules and Government*. Oxford: Clarendon Press.

Baldwin, R. (2004). *Better Regulation: is it better for business?* London: Federation of Small Business. Disponible en: <http://www.fsb.org.uk/policy/assets/0952BetterRegulation.pdf>.

Baldwin, R. y Cave, M. (1999). *Understanding Regulation: theory, strategy and practice*. Oxford, New York: Oxford University Press.

Baldwin, R. y McCrudden, C. (1987). *Regulation and Public Law*. London: Weidenfeld and Nicolson.

Beaton-Wells, C. y Fisse, B. (2009). Criminal Cartels: Individual Liability and Sentencing. *The University of Melbourne Legal Studies Research Paper*, N°415, Junio, 1-133.

Becker, G. (1968). Crime and Punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, 76, 169-217.

Becker, G. (1983). A Theory of Competition among Pressure Groups for Political Influence. *Quarterly Journal of Economics*, 98(3), 371-400.

Beckner, F.C. y Salop, S.C. (1999). Decision Theory and Antitrust Rules. *Antitrust Law Journal*, 67, 41-76.

Berlin, I. (1997). *The Proper Study of Mankind: an anthology of essays*. London: Chatto and Windus.

Bernstein, Marver H. (1955). *Regulating Business by Independent Commission*. New York: Princeton University Press.

BID (Banco Interamericano de Desarrollo) y OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) (2008). *Derecho y*

*Política de la Competencia en el Salvador. Examen inter-pares.*  
Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/8/52/41597186.pdf> .

Black, J. (2001). Managing Discretion. *ARLC conference papers, LSE*, Julio, 1-40. Disponible en: <http://w.lse.ac.uk/collections/law/staff%20publications%20full%20text/black/alrc%20managing%20discretion.pdf> .

Bork, R. (1978). *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: Free Press.

Braithwaite, J., Grabovsky, P. y Walker, J. (1987). An Enforcement Taxonomy of Regulatory Agencies. *Law and Policy*, 9(3), 323-351.

Braithwaite, J. (2002). *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press.

Breyer, S. (1982). *Regulation and its Reform*. Cambridge, Massachusset: Harvard University Press.

Brown, A.C., Stern, J., Tenenbaum, B. y Gencer, D. (2006). *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*. Washington D.C.: The International Bank for Reconstruction and Development - The World Bank.

BRTF (Better Regulation Task Force) (2005). *Regulation - Less is More: reducing burdens, improving outcomes*. A BTRF report to the Prime Minister, UK. Disponible en: <http://www.bis.gov.uk/files/file22967.pdf> .

Buendía Sierra, J.L. (2005). Derechos especiales y exclusivos, servicios públicos y servicios de interés económico general. En J.M. Beneyto Pérez (Director) y J. Maillo González-Orús (Coordinador). *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (pp.1055-1154). Barcelona: Editorial Bosch.

Buendía Sierra, J.L. (2007). Article 86 - Exclusive Rights and other Anti-Competitive State Measures. En J. Faull y A. Nikpay (eds.). *The EC Law of Competition* (pp.593-655). Oxford: Oxford University Press.

Calabresi, G. y Melamed D. (1972). Property rules, liability rules and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, 85, 1089-1128.

Cañizares Pacheco, E. y Domínguez Muñoz, D. (2008). Remedios estructurales en el control de concentraciones: un análisis coste-beneficio. En S. Martínez Lage y A. Petitbó Juan (Directores). *Remedios y Sanciones en el Derecho de la Competencia* (pp.179-204). Madrid: Fundación Rafael Del Pino.

Capobianco, A. (2007). Collusion, Agreements and Concerted Practices: An Economic and Legal Perspective. En G. Amato y C-D. Ehlermann (Eds.). *EC Competition Law: A Critical Assessment* (pp.25-79). Oxford: Hart Publishing.

Cardoso, F.H. y Faletto, E. (1969). *Dependencia y Desarrollo Económico en América Latina*. Ciudad de México: Editorial Siglo XXI.

Calvo Caravaca, A.L. (2009). *Derecho Antitrust Europeo*. Madrid: Colex.

Coffee, J.C. (1981). No Soul to Damn: No Body to Kick: an Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment. *Michigan Law Review*, 79(3), 386-459.

CNC (Comisión Nacional de la Competencia). (2008). *Trabajando por la Competencia: recomendaciones a las administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*. Junio, Madrid: CNC.



CNC (Comisión Nacional de la Competencia). (2009). *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*. Enero, Madrid: CNC.

Comisión de las Comunidades Europeas (2008). *Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. COM (2008) 165 final, 2 de Abril. Bruselas.

Creus, A. y Amador, O. (2005). Procedimientos administrativos ante la Comisión Europea y control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En J.M. Beneyto Pérez (Director) y J. Maíllo González-Orús (Coordinador). *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (pp.751-832). Barcelona: Editorial Bosch.

Cury, E. (2005). *Derecho Penal: Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

De Smijter, E. y Kjolbye, L. (2007). The Enforcement System under Regulation 1/2003. En J. Faull y A. Nikpay (eds.). *The EC Law of Competition* (pp.87-180). Oxford: Oxford University Press.

De Tocqueville, A. (2005). *La Democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica.

Den Hertog, J. (2000). General Theories of Regulation. En B. Bouckaert y G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics* (pp. 223-270). Cheltenham: Edward Elgar.

Derthick, M. y Quirck, P. (1985). *The Politics of deregulation*. Washington D.C.: Brooking Institution Press.

Díaz, G., Gómez-Lobo, A. y Velasco, A. (2004). Micros en Santiago: de enemigo público a servicio público. *Estudios Públicos*, 96, 1-44.

Diver, C. S. (1983). The Optimal Precision of Administrative Rules. *Yale Law Journal*, 93, 65-109.

Downs, A. (1957). *An Economic Theory of Democracy*. London: Blackwell.

ECN (European Competition Network) (2006). Model Leniency Programme. Disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/ecn/model\\_leniency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf) .

Epstein, R.A. (1995). *Simple Rules for a Complex World*. London: Harvard University Press.

Farrell, J. y Katz, M. (2006). The Economics of Welfare Standards in Antitrust. *Competition Policy Center, UC Berkeley*, 20 de Julio, 1-36. Disponible en: <http://escholarship.org/uc/item/1tw2d426> .

Faull, J. y Nikpay, A. (2007). *The EC Law of Competition*. Oxford: Oxford University Press.

Fernández, M.Y. (2003). *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Fiss, O. M. (1984). Against Settlement. *Yale Law Journal*, 93, 1073-1092.

Fisse, B. (1983). Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions. *Southern California Law Review*, 56, 1141-1246.

Fisse, B., & Braithwaite, J. (1988). The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability. *Sydney Law Review*, 11, 468-513.

FNE (Fiscalía Nacional Económica) (2009). *Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de Multas en Casos de Colusión*. Santiago: FNE. Disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-delaci%C3%B3n-compensada-FNE-Oct2009.pdf> .

Fontaine, J.A. (1993). Transición económica y política en Chile (1970-1990). *Estudios Públicos*, 50, 229-279.

Fox, E.M. (1987). The Battle for the Soul of Antitrust. *California Law Review*, 75(3), 917-923.

Fox, E.M. (2010). Antitrust Institutions: design and change. *Loyola University Chicago Law Journal*, 41, 473-488.

Gal, M.S. (2001). Size Does Matter: The Effects of Market Size on Optimal Competition Policy. *University of South California Law Review*, 74, 1437-1478.

Gal, M.S. (2003). The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries. *New York University Law and Economics Research Paper Series* (Working Paper N°02-03), 1-23.

Galetovic, A. (1998). Desatando a Prometeo: reformas microeconómicas en Chile 1973-1989). *Perspectivas en política, economía y gestión*, 2(1), 131-155.

Galloway, J. (2007). The Pursuit of National Champions: the intersection of competition law and industrial policy.

*European Competition Law Review*. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1767865> .

Gavil, A.I., Kovacic, W.E. y Baker J.B. (2008). *Antitrust Law in Perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. Minnesota: Thomson West.

Georgiev, G.S. (2007). Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S. - Style Antitrust Settlements in EU Law. *Utah Law Review*, 4, 971-1219.

Geradin, D. y Petit, N. (2004). The Development of Agencies at EU and National Levels: conceptual analysis and proposals for reform. *Tilburg Law School Research Paper*, 1-61. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=489722](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=489722) .

Geradin, D. y Petit, N. (2011). Judicial Review in European Union Competition Law: a quantitative and qualitative assessment. *Tilburg Law and Economic Center*, (Febrero, DP 2011-008), 1-41. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1698342](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1698342) .

Grabosky, P. y Braithwaite, J. (1986). *On Manners Gentle*. Melbourne: Oxford University Press.

Grabosky, P. (1997). Inside the Pyramid: Towards a Conceptual Framework for the Analysis of Regulation Systems. *International Journal of the Sociology*, 25, 195-201.

Grondona, M. (2000). *Las Condiciones Culturales del Desarrollo Económico*. Buenos Aires: Ariel - Planeta.

Guash, J.L. y Spiller, P. (1999). *Managing the Regulatory Process: design, concepts, issues, and the Latin America and Caribbean story*. Washington D.C.: International Development Bank and The World Bank.

Gutiérrez, I, y Padilla, A.J. (2005). Economía de la Competencia. En J.M. Beneyto Pérez (Director) y J. Maillo González-Orús (Coordinador). *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (pp.1-58). Barcelona: Editorial Bosch.

Hammond, S. (2004). *Cornerstones of an Effective Leniency Program*. The ICN Workshop on Leniency Programs, 22-23 de Noviembre. Sidney.

Hammond, S. (2006). *Measuring the Value of Second-In Cooperation in Corporate Plea Negotiations*. The 54<sup>th</sup> Annual American Bar Association Section of Antitrust Law Spring Meeting. Washington, D.C.

Harlow, C. y Rawlings, R. (1997). *Law and Administration*. London: Butterworths.

Harrington, C.B. y Turem, Z.U. (2006). Accounting for accountability in neoliberal regulatory regimes. En M.W. Dowdle (ed.), *Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences* (pp.195-219). New York: Cambridge University Press.

Harris, R. y Milkis, S. (1996). *The Politics of Regulatory Change: a tale of two agencies*. New York: Oxford University Press.

Heimler, A. y Mehta, K. (2012). Violations of Antitrust Provisions: The Optimal Level of Fines for Achieving Deterrence. *World Competition*, 35(1), 103-119.

Hellstrom, P., Maier-Rigaud, F. y Wenzel Bulst, F. (2009). Remedies in European Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, 76(1), 43-63.

Hilke, J.C. (2006). *Improving Relationships between Competition Policy and Sectorial Regulation*. San Salvador: BID - OECD.

Hoj, J. (2007). Competition Law and Policy Indicators for the OECD countries. *OECD Economics Department Working Papers*, N° 568, 1-37.

Hood, C. (1986). *Administrative Analysis*. Brighton: Wheatsheaf.

Hood, C. (1994). *Explaining Economic Policy Reversals*. London: Open University Press.

Hood, C. (2004). Controlling Public Services and Government: Towards a Cross-National Perspective. En C. Hood, O. James, G. Peters y C. Scott (eds.). *Controlling Modern Government: Variety, Commonality and Change* (pp.3-21). Cheltenham, UK: Edward Elgar.

Hovenkamp, H. (2004). *Antitrust*. Minnesota: Thomson West.

Hovenkamp, H. (2005). *The Antitrust Enterprise: principle and execution*. Cambridge, Massachusset: Harvard University Press.

Huffman, M. (2010). Bridging the Divide? Theories for Integrating Competition Law and Consumer Protection. En P. Marsden y S.W. Waller (eds.). *The Antitrust Marathon. Part IV: Remedies - How Far and How Much?* *Loyola Consumer Law Review*, 20(2), pp.7-25.

Hutter, B. (1988). *The Reasonable Arms of the Law?* Oxford: Oxford University Press.

Hutter, B. (1997). *Compliance: regulation and environment*. Oxford: Oxford University Press.

ICN (International Competition Network) (2002). *Advocacy and Competition Policy*. Report prepared by the Advocacy Working Group. Naples, Italy, ICN' s Conference.

ICN (International Competition Network) (2004a). *Enforcement Experience in Regulated Sectors*. Report by the Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group to the 3th ICN Annual Conference, Seoul, South Korea.

ICN (International Competition Network) (2004b). *Interrelations between Antitrust and Regulatory Authorities*. Report by the Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group to the 3th ICN Annual Conference, Seoul, South Korea.

ICN (International Competition Network) (2004c). *Limits and constraints facing antitrust authorities intervening in regulated sectors*. Report by the Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group to the 3th ICN Annual Conference, Seoul, South Korea.

ICN (International Competition Network) (2005). *Merger Remedies Review Project*. Report by the Merger Working Group to the 4th ICN Annual Conference. Bonn, Germany.

ICN (International Competition Network) (2006). *Lessons To Be Learnt From The Experiences Of Young Competition Agencies*. Report by the Competition Policy Implementation Working Group. Capetown, South Africa.

ICN (International Competition Network) (2008a). *Cartel Settlements*. Report by the Cartel Working Group to the 7th ICN Annual Conference. Kyoto, Japan.

ICN (International Competition Network) (2008b). *Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions*. Report by the Cartel Working Group to the 7th ICN Annual Conference. Kyoto, Japan.

ICN (International Competition Network) (2009a). *Assessment of ICN Members' Requirements and Recommendations on Further ICN Work on Competition Advocacy*. Report prepared by ICN Competition Advocacy Work Group, presented at the 8<sup>th</sup> Annual Conference of the ICN, Zurich.

ICN (International Competition Network) (2009b). *Seminar on Competition Agency Effectiveness*. Summary Report prepared by Competition Policy Implementation Working Group. Brussels.

ICN (International Competition Network) (2009c). *Anti-Cartel Enforcement Manual*. (Chapter 2: Drafting and implementing an effective leniency policy).

ICN (International Competition Network) (2010). *Agency Effectiveness Handbook*. (Chapter 1: Strategic Planning and Priorisation). Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc744.pdf> .

ICN (International Competition Network) (2011). *Advocacy Toolkit. Part I: Advocacy process and tools*. Report prepared by the ICN Advocacy Working Group presented at the 10<sup>th</sup> Annual Conference of the ICN, The Hague.

Illescas, R. (2005). El campo de aplicación del Derecho de la Competencia. Los instrumentos jurídicos de la aplicación. En J.M. Beneyto Pérez (Director) y J. Maíllo González-Orús (Coordinador). *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (pp.109-171). Barcelona: Editorial Bosch.



Jorde T.M. y Teece D.J. (1990). Innovation and Competition: implications for competition and antitrust. *The Journal of Economic Perspectives*, 4(3), 75-96.

Jones, T. H. (1989). Administrative Law, Regulation and Legitimacy. *Journal of Law and Society*, 16(4), 410-425.

Jones, A. y Sufrin, B. (2007). *EC Competition Law: texts, cases and materials*. Oxford, New York: Oxford University Press.

Kagan, R. y Scholz, J. (1984). The Criminology of the Corporation and Regulatory Enforcement Strategies. En K. Hawking y J.M. Thomas (eds.). *Enforcing Regulation* (pp.67-95). Boston, Massachusset: Kluwer-Nijhoff.

Kaplow, L. (1992). Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, 42(3), 557-629.

Keynes, J.M. (1936). *The General Theory of Employment, Interest and Money*. New York: Harcourt, Brace and World.

Kloub, J. (2009). *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels: leniency as the most effective tool in combating cartels*. Latin American Competition Forum, 9-10 de Septiembre, Santiago, Chile.

Kovacic, W.E. (1997). Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies. *Brooklyn Journal of International Law*, 23(2), 403-408.

Kovacic, W.E. (2004). *Achieving Better Practices in the Design of Competition Policy Institutions*. Remarks before the Seoul Competition Forum, 20 de Abril, Korea.

Kovacic, W.E. (2007a). Competition Policy, Consumer Protection, and Economic Disadvantage. *Journal of Law and Policy*, 25, 101-118.

Kovacic, W.E. (2007b). The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: the Chicago/Harvard double helix. *Columbia Business Law Review*, 1, 1-80.

Kovacic, W.E. (2009). The Federal Trade Commission at 100: into our 2<sup>nd</sup> century. Washington DC: Federal Trade Commission. Disponible en: <http://www.ftc.gov/workshops/ftc100/docs/ftc100rpt.pdf>

Kovacic, W.E., Hollman, H.M, y Grant, P. (2011). How does your competition agency measure up? *European Competition Journal*, 7(1), 25-45.

Landes, W.M. (1983). Optimal Sanctions for Antitrust Violations. *The University of Chicago Law Review*, 50(2), 652-678.

Law Reform Commission of New South Wales (2003). *Sentencing: Corporate offenders*. Report 102, Department of Justice and Attorney General, New South Wales, Australia.

Leary, T.B. (2005). Competition Law and Consumer Protection Law: two wings of the same house. *Antitrust Law Journal*, 72, 1147-1151.

Levine, M.E. (1998). Regulatory Capture. *New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 3, 267-271.

Lipsey, R.G. y Harbury, C. (1997). *First Principles of Economics*. Oxford: Oxford University Press.

López de Castro, L. y Ariño, G. (2003). *La Competencia en Servicios Regulados: regulación empresarial y mercado de empresas*. Granada: Editorial Comares S.L.

Luban, D. (1995). Settlements and the Erosion of the Public Realm. *Georgetown Law Journal*, 83, 2619-2662.

Macrory, R.B. (2006). *Regulatory Justice: Making Sanctions Effective*. London: Better Regulation Executive. Disponible en: [www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/penalties](http://www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/penalties) .

Maíllo González-Orús, J. (2007). Service of General Interest and EC Competition Law. En G. Amato y C.D. Ehlermann (eds.). *EC Competition Law: a critical assessment* (pp.591-625). Oxford: Hart Publishing.

Majone, G. (1996). *Regulating Europe*. London: Routledge.

Mankiw, N.G. (1998). *Principios de Economía*. Madrid: McGraw-Hill.

Manzini, P. (2008). European Antitrust in Search of the Perfect Fine. *World Competition*, 31(1), 3-17.

Marcos, F. (2006). Do developing countries need Competition Laws and Policy? Instituto de Empresa Business School Working Paper, septiembre, 1-17. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=930562> .

Marcos, F. (2012). Diminishing Enforcement: Negative Effects for Deterrence of Mistaken Settlements and Misguided Competition Promotion and Advocacy. Instituto de Empresa Business School Working Paper, AJ8-187-I, julio, 1-18. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2153894> .

Marsden, P. y Waller, S.W. (2010a). The Antitrust Marathon. Part IV: Remedies - How Far and How Much? *Loyola Consumer Law Review*, 20(2), 197-218.

Marsden, P. y Waller, S.W. (2010b). The Antitrust Marathon. Part IV: with authority. *Loyola University Chicago School of Law, Public law and legal research paper* N°2010-005, Abril, 1-128.

Mashaw, J.L. (2006). Accountability and institutional design: some thoughts on the grammar of governance. En M.W. Dowdle (ed.), *Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences* (pp.115-156). New York: Cambridge University Press.

Mitchell, W.C. (2001). The old and new public choice: Chicago versus Virginia. En W.F.Shughart II y L. Razzolini (eds.). *The Elgar Companion to Public Choice* (pp.3-33). Cheltenham, UK y Northhampton, M.A., USA: Edward Elgar.

Monti, G. (2007). *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Monti, G. (2008). Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law. *The Competition Law Review*, 4(2), 122-145.

Morgan, B. y Yeung, K. (2007). *An Introduction to Law and Regulation: Text and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press.

Mueller, D.C. (2003). *Public Choice III*. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.

Nevado-Batalla, P.T. (2004). Cumplimiento de la legalidad en la nueva cultura de la gestión pública: propuestas y

realidades en la lucha contra la corrupción. En N. Rodríguez y E.A. Fabián (coordinadores), *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar* (pp.87-107). Salamanca: Ratio Legis.

Nickerson, R.S. (1998). Confirmation Bias: a ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of General Psychology*, 2(2), 175-220.

Nieto, A. (2006). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos.

North, D. (2003). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge y New York: Cambridge University Press.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (1999). *Relationship between Regulators and Competition Authorities*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (2000). *Reducing the Risk of Policy Failure: challenges for regulatory compliance*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (2002). *Communication by Competition Authorities*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (2003a). *Optimal Design of a Competition Agency*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (2003b). *The Objectives of Competition Law and Policy*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2005a). *The Relationship between Competition Authorities and Sectoral Regulators*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2005b). *Recommendation of the Council on Merger Review*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2005c). *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2006). *Plea Bargaining/Settlement of Cartel Cases*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2007a). *Guía para Evaluar la Competencia*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2007b). *Private Remedies*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2007c). *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2008a). *Dynamic Efficiencies in merger analysis*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development).  
(2008b). *Remedies and Sanctions for Abuse of Market Dominance*. Policy Brief, December. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (2008c). *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Paris: OECD.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (2010). *Economic Survey of Chile 2010* (Sumario del Capítulo 3: Need for speed: boosting productivity growth by strengthening competition, entrepreneurship and innovation). Publicado el 27 de Enero.

OECD (Organization for Economic Co-operation and Development). (2011). *The Regulated Conduct Defense*. Paris: OECD.

OFT (Office of Fair Trading). (2004a). *The Competition Act 1998 and Public Bodies*. (Agosto, N°443), London: OFT.

OFT (Office of Fair Trading). (2004b). *Concurrent Applications to Regulated Industries*. (Diciembre, N°405), London: OFT.

OFT (Office of Fair Trading). (2007). *Completing competition assessments in Impact Assessments: guidelines for policy makers*. (Agosto, N°876), London: OFT.

OFT (Office of Fair Trading). (2008). *OFT Priorisation Principles*. (Octubre, N°953), London: OFT.

OFT (Office of Fair Trading). (2009). *Joining Up Competition and Consumer Policy: The OFT 's Approach to Building an Integrated Agency*. (Diciembre, N°1151), London: OFT.

OFT (Office of Fair Trading). (2010). *Director disqualification orders in competition cases: an OFT guidance document*. (Junio, N°510), London: OFT.

OFT (Office of Fair Trading). (2011). *Public bodies and competition law*. (Diciembre, N°1389), London: OFT.

Ogus, A. I. (1994). *Regulation: legal form and economic theory*. Oxford: Clarendon Press.

Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Ortiz Blanco, L., Maíllo González-Orús, J., Ibáñez Colomo, P., y Lamadrid de Pablo, A. (2008). *Manual de Derecho de la Competencia*. Madrid: Tecnos.

Ortiz de Urbina, I. (2004). Análisis Económico del Derecho y Política Criminal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2 (nº extraordinario), 31-74.

Parker, C. (2004). Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition and Consumer Commission's Use of Enforceable Undertakings. *Modern Law Review*, 67(2), 209-246.

Parker, C., Braithwaite, J. y Stepanenko, N. (2004). *ACCC Enforcement and Compliance Project: Report on ACCC compliance education and liaison strategies*. Canberra: Centre for Competition and Consumer Policy, Australian National University. Disponible en: <http://cccp.anu.edu.au/projects/compliancereportapril2004.pdf> .

Peltzman, S. (1976). Toward a more General Theory of Regulation. *Journal of Law and Economics*, 19, 211-240.

Peltzman, S. (1989). The Economic Theory of Regulation after a Decade of Deregulation. *Brookings Papers Macroeconomics*, 1.

Polinsky, A.M. y Shavell, S. (1993). Should Employees Be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability? *International Review of Law and Economics*, 13, 239-257.



Posner, R. (1974). Theories of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 5(2), 335-358.

Posner, R. (1975). The Social Costs of Monopoly and Regulation. *Journal of Political Economy*, 83(4), 807-828.

Posner, R. (1992). *Economic Analysis of Law*. Boston, Toronto, London: Little, Brown and Company.

Qaqaya, H. y Lipimile, G. (2008). *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development prospects*. New York, Geneva: Unctad, UN.

Rodríguez, F. (2004). ¿Puede el Derecho Sancionador Frenar la Corrupción? Reflexiones desde el Análisis Económico del Derecho. En N. Rodríguez y E.A. Fabián (coordinadores), *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar* (pp.15-26). Salamanca: Ratio Legis.

Salop, S. C. (2005). Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard. *Georgetown University Law Center*, 4 de Noviembre, 1-26. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1491302> .

Self, P. (1993). *Government by the Markets? The Politics of Public Choice*. New York, London: Macmillan.

Shavell, S. (1993). The Optimal Structure of Law Enforcement. *Journal of Law and Economics*, 36, 255-287.

Shavell, S. (1995). The Appeals Process as a Means of Error Correction. *The Journal of Legal Studies*, 24, 379-426.

Smith, W. (1997a). Utility Regulators: the independence debate. *Public Policy for the Private Sector*, Note N ° 127, Octubre.

Smith, W. (1997b). Utility Regulators: decisionmaking structures, resources, and start-up strategy. *Public Policy for the Private Sector*, Note N°129, Octubre.

Smith, W. (1997c). Utility Regulators: roles and responsibilities. *Public Policy for the Private Sector*, Note N°128, Octubre.

Smith, P. y Perry, J.L. (1985). Strategic Management in Public and Private Organizations: implications of distinctive contexts and constraints. *Academy of Management Review*, 10(2), 276-286.

Soares, A.G. (2008). 'National Champions' Rethoric in European Law: or de many faces of protectionism. *World Competition*, 31(3), 353-368.

Stigler, G. (1970). The Optimum Enforcement of Laws. *Journal of Political Economy*, 78, 526-536.

Stigler, G. (1971). Smith's travels on the ship of state. En: (Stigler, G.) *History of Political Economy*. Durham, N.C.: Duke University Press.

Sunstein, C. R. (1990). *After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge, Massachusset: Harvard University Press.

Sunstein, C.R. (1996). On the Expressive Function of Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 144, 2021-2054.

Thatcher, M. y Stone A. (2002). Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions. *West European Politics*, 25(1), 1-22.

Trebilcock, M.J. y Iacobucci, E.M. (2002). Designing Competition Law Institutions. *World Competition*, 25 (3), 361-394.

Tullock, G., Seldon, A. y Brady, G. (2002). *Government Failure. A primer in public choice*. Washington, D.C.: Cato Institute.

United States Sentencing Commission (2011). *2011 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Disponible en: [http://www.ussc.gov/guidelines/2011\\_Guidelines/Manual\\_HTML/index.cfm](http://www.ussc.gov/guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/index.cfm)

UNCTAD (United Nations Conference for Trade and Development) (2007). *Unctad Guidebook on Competition Systems*. (UNCTAD/DITC/CLP/2007 /2), Ginebra: UNCTAD.

UNCTAD (United Nations Conference for Trade and Development) (2010). *Ley Tipo de Defensa de la Competencia: capítulo IX*. (TD/RBP/CONF.7/L.9), Ginebra: UNCTAD.

UNCTAD (United Nations Conference for Trade and Development) (2011). *Foundations for Effective Competition Agency*. (TD/B/C.I/CLP/8), Ginebra: UNCTAD.

Van Bael, I. y Bellis, J.F. (2005). *Competition Law of European Community*. The Hague: Kluwer Law International.

Whelan, P. (2007). A Principled Argument for Personal Criminal Sanctions as Punishment under EC Cartel Law. *The Competition Law Review*, 4(1), 7-40.

Wils, W.P. (2002). *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law and Economics*. The Hague, The Netherlands: Kluwer Law International.

Wils, W.P. (2004). The Combination of Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: a legal and economic analysis. 30 de Diciembre, 2003, pp. 1-27, en SSRN. *World Competition: Law and Economics Review*, 27(2), 202-224. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1319251> .

Wils, W.P. (2006). Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition*, 29(2), 183-208.

Wils, W.P. (2007). Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. *World Competition*, 30 (1), 25-64.

Wils, W.P. (2008). The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles. *World Competition*, 31 (3), 335-352.

Wils, W.P. (2009). The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. 6 de Noviembre, 2008, pp.1-32, en SSRN. Disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1296458](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1296458) .

Williamson, O. E. (1968). Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, 58(1), 18-36.

Wilson, J.Q. (1980). The Politics of Regulation. En J.Q. Wilson (Eds.), *The Politics of Regulation* (pp.357-394). New York: Basic Books.

Whish, R. (1993). *Competition Law*. London: Butterworths.

Whish, R. (2008). *Competition Law*. Oxford, New York: Oxford University Press.

Yeung, K. (1999). Quantifying Regulatory Penalties: Australian Competition Law Penalties in Perspective. *Melbourne University Law Review*, 23, 440-475.

Yeung, K. (2004). *Securing Compliance. A principled approach*. Portland, Oregon, USA: Hart Publishing.

Yeung, K. (2005). Does the Australian Competition and Consumer Commission Engage in “Trial by Media” ? *Law and Policy*, 27(4), 549-577.

Zingales, N. (2008). European and American Leniency Programmes: two models toward convergence? *The Competition Law Review*, 5(1), 5-60.